This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 925 423
FOR TX
HD

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 11, 1899

e

Die sogenannten

Zweigliedrigen Verträge

insbesondere

die Verträge zu Gunsten Dritter

nach

gemeinem und österreichischem Rechte

Von

Dr. Armin Ehrenzweig

Wien

Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung

1895.

Alle Rechte vorbehalten.

Rec. March 11, 1899

Vorwort.

Vielen Juristen dürfte das eigenthümliche Unbehagen nicht fremd sein, das die erste eingehendere Beschäftigung mit den Verträgen zu Gunsten Dritter zu erregen pflegt, sei es, weil sich diese Lehre so schwer einfügt in die alte Harmonie des Vertragsrechtes, sei es, weil ein lebhafter Meinungsstreit sie beständiger Unsicherheit preisgibt.

Nicht die Betrachtung dieses Streites war es, die mich zu der vorliegenden Abhandlung angeregt hat. Denn ich weiß wohl, daß es nur wenigen gegönnt ist, so große Controversen durch eine überzeugende Meinungsäußerung zur Ruhe zu bringen. Das Schicksal der meisten ist, daß ihre Stimme nur das Getöse vermehrt, wofür man ihnen denn wenig Dank weiß.

Aber dicht neben dem oft gepflügten Felde der Verträge zu Gunsten Dritter glaubte ich im Bereiche des Obligationenrechtes einen Gebietsstreifen zu erblicken, der, einem Feldraine gleich, von denjenigen, die nebenan zu thun hatten, oft betreten und doch nicht bearbeitet schien. Da lag es nahe, eine Arrondirung vorzunehmen: den unbebauten Streifen zu verbinden mit der cultivirten Feldmark, um mit der Aussicht auf höheren Ertrag die erweiterte Flur zu bestellen.

Der Gedanke an eine solche Erweiterung ist in der Literatur wiederholt aufgetaucht; warum er bisher nicht ausgeführt wurde, vermag ich nicht zu sagen.

Mißlich erschien der Mangel des Namens; denn es ging weder an, den Namen des Theils auf das Ganze zu übertragen, noch schien sich ein neuer Terminus (Gespaltene Verträge?) zu empfehlen. Zimmermann spricht von „zweigliedrigen Geschäften", als von Geschäften, die schon in ihrer „normalen Erscheinung auf drei in Betracht kommende

Personen angelegt" seien, und zu welchen die Verträge zu Gunsten Dritter gehören sollen.

Das wäre denn ein Name für das erweiterte Feld, aber freilich ein Name, der sich nicht leicht trennen läßt von der Theorie, die sich in ihm knapp und bedeutend ausspricht. Und doch konnte ich diese Theorie nicht acceptiren.

Nur zwei Parteirollen bietet, gewisse Ausnahmen abgerechnet, der Vertrag — der obligatorische wie der liberatorische — den drei „in Betracht kommenden" Personen an. Um gleichwohl jeder derselben die ihr zukommende besondere Stellung zu sichern, gibt es zwei mögliche Mittel: Zusammensetzung und Zerlegung.

Denkt man sich das ganze Geschäft (als „Doppelgeschäft") aus zwei einfachen Geschäften *zusammengesetzt*, so ergeben sich vier Parteirollen, deren zwei vereinigt und *einer* Person zugewiesen werden müssen. Hält man dagegen an der Einheit des Geschäftes fest, dann muß *eine* Parteirolle *zerlegt* werden, damit zwei Personen auf verschiedene Weise daran theilnehmen können.

Jenes ist der Vorgang *Zimmermann's*, dies der meine.

Es soll also von der *Spaltung der Parteirollen*, insbesondere von jener eigenthümlichen „Constellation" die Rede sein, durch welche „eine Verschiebung entsteht, so daß eine andere Person aus dem Contract berechtigt, eine andere verpflichtet ist" (*Dernburg*).

Gerne hätte ich mich ganz auf die erst im zweiten Theile der vorliegenden Arbeit enthaltene Untersuchung dieses merkwürdigen Phänomens beschränkt. Aber die Wahrnehmung, daß unter den sogenannten „zweigliedrigen" Verträgen, d. h. eben unter den Verträgen mit Spaltung von Parteirollen die *Verträge zu Gunsten Dritter* bei weitem die wichtigsten und häufigsten sind, und die daraus zu erklärende Thatsache, daß fast alle literarischen Vorarbeiten die einschlägigen Rechtssätze nur in Beziehung auf die Verträge zu Gunsten Dritter entwickeln, nöthigte mich, zunächst zu dieser Lehre Stellung zu nehmen, wobei denn eine gewisse Weitläufigkeit nicht vermieden werden konnte. Setzte doch der Nachweis, daß die Spaltung ein Merkmal des Begriffes der Verträge zu Gunsten Dritter bilde, eine Untersuchung dieses Begriffes im allgemeinen voraus.

Daß ich nun, einmal genöthigt, mich mit diesem widerstrebenden Stoffe zu befassen, gerne die Gelegenheit wahrnahm, an den Bestimmungen des *deutschen Entwurfes* über „das Versprechen der Leistung an einen Dritten" Kritik zu üben, bedarf wohl keiner Rechtfertigung.

Auch dürfte leicht zugegeben werden, daß gerade das österreichische Recht, seine Literatur und Praxis, in den Untersuchungen über die Verträge zu Gunsten Dritter bisher nicht so eingehend berücksichtigt worden ist, daß eine Darstellung desselben nicht manches Neue und auch für nichtösterreichische Leser Bemerkenswerthe bieten könnte.

Dennoch habe ich es auf eine erschöpfende Behandlung der Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter nicht entfernt abgesehen. Der Vollständigkeit zu Liebe im Einzelnen oft Gesagtes zu wiederholen, erschien zwecklos; denn nicht früher als bis über die Grundlagen der Lehre eine Verständigung erzielt sein wird, kann die Zeit für eine sammelnde und abschließende Arbeit kommen. Vorläufig dürfte allen billigen Anforderungen, die von den Anhängern der herrschenden Lehre an ein derartiges Compendium gestellt werden können, Tartufari's Werk „Dei contratti a favore di terzi" genügen, dessen Vorzüge die deutsche Wissenschaft um so bereitwilliger anerkennen wird, als sie selbst den größten Antheil daran hat.

Nur darauf kam es mir überall an, den bereits angedeuteten Grundgedanken so klar als möglich zum Ausdrucke zu bringen und zugleich seine vielfältige Fruchtbarkeit erkennen zu lassen. Ob ich selbst ihn für die Lösung der einzelnen zum Theile schwierigen Probleme richtig verwerthet habe, daran ist wenig gelegen:

„Es ist mit Meinungen, die man wagt, wie mit Steinen, die man voran im Brette bewegt; sie können geschlagen werden, aber sie haben ein Spiel eingeleitet, das gewonnen wird" (Goethe).

Inhalts-Verzeichniß.

Erster Theil.

Die Verträge zu Gunsten Dritter.

Seite

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Stellvertretung und Cession 4
§ 3. Verträge zu Gunsten unbestimmter Personen 10
§ 4. Begrenzung und Eintheilung des Gebietes der Verträge zu Gunsten Dritter 17
§ 5. Begriffsmerkmale der Verträge zu Gunsten Dritter. Die beiden genera proxima 21
§ 6. Die Verträge zu Gunsten Dritter als Art der Verträge auf Leistung an einen Dritten 25
§ 7. Die Widerruflichkeit. Stand der Frage 30
§ 8. Fortsetzung. Unwiderrufliche Verträge zu Gunsten Dritter 34
§ 9. Fortsetzung. Rechtsphilosophische Grundlagen 41
§ 10. Der Beitritt des Dritten. Zulässigkeit und Bedeutung 48
§ 11. Fortsetzung. Seine Entbehrlichkeit nach gemeinem und österreichischem Rechte, sowie de lege ferenda 55
§ 12. Fortsetzung. Vorläufige Ergebnisse 62
§ 13. Die Kundmachung. Ihre Arten und Stufen. Nachweis ihrer Bedeutung in besonderen Fällen 64
§ 14. Fortsetzung. Unvollkommene Kundmachung 72
§ 15. Die Bestimmung des § 1019 a. b. G. B. Redactionsgeschichte 76
§ 16. Fortsetzung. Auslegung 84
§ 17. Rückblick. Inhalt der Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter . 98

Zweiter Theil.

Die Spaltung der Parteirollen im obligatorischen Vertrage.

Erster Abschnitt.

Allgemeines.

§ 18. Mehrheit der Subjecte bei Verträgen 105
§ 19. Cession von Forderungen aus zweiseitigen Verträgen (Nachträgliche Spaltung) 109

Seite

§ 20. Rechte des pater familias aus zweiseitigen Verträgen der Gewaltunterworfenen (ursprüngliche gesetzliche Spaltung) 112
§ 21. Verträge mit ursprünglicher gewillkürter Parteirollen-Spaltung . . . 115

Zweiter Abschnitt.

Das Rechtsverhältniß zwischen dem Beschwerten und dem Gegner.

§ 22. Das vermeintliche Klagerecht des Beschwerten im allgemeinen . . . 120
§ 23. Fortsetzung. Schuldübernahme 125
§ 24. Fortsetzung. Lebensversicherung 137
§ 25. Die vermeintlichen sonstigen Rechte des Beschwerten 141
§ 26. Die Rechte der Gläubiger des Beschwerten. Stand der Frage . . . 146
§ 27. Fortsetzung. Lösung der Frage nach der österreichischen und deutschen Anfechtungs-Gesetzgebung 153
§ 28. Fortsetzung. Besonderes bezüglich der Lebensversicherung. (Anhang. Die querela inofficiosae donationis) 157

Dritter Abschnitt.

Das Rechtsverhältniß zwischen dem Begünstigten und dem Gegner.

§ 29. Allgemeines, insbesondere bezüglich der causa 163
§ 30. Die sogenannte exceptio non adimpleti contractus 168
§ 31. Andere Einreden des Gegners, insbesondere Compensation 179

Vierter Abschnitt.

Das Rechtsverhältniß zwischen dem Beschwerten und dem Begünstigten.

§ 32. Das Grundgeschäft und seine causa 185
§ 33. Ausnahmsweise Bedeutung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beschwerten und dem Begünstigten für den Gegentheil 191

Register 194

Erster Theil.

Die Verträge zu Gunsten Dritter.

§ 1. Einleitung.

Von Vermögen zu Vermögen fließt durch eine ununterbrochene Reihe von entgeltlichen Verträgen jener Wechselstrom der wirthschaftlichen Güter, der — dem elektrischen gleich — sich selbst begegnet. Ein erster entgeltlicher Vertrag leitet gleichsam den positiven Strom der Leistungen aus dem Vermögen des A in das des B, ein zweiter führt ihn dem Vermögen des C, ein dritter dem des D zu, gleichzeitig aber oder auch später leiten die nämlichen Verträge den ausgleichenden negativen Strom der Gegenleistungen aus dem Vermögen des D durch das Vermögen des C und des B in das Vermögen des A zurück. Der A mag der Fabrikant, der B der Großhändler, der C der Detailliſt und der D der Consument sein. Oder der A sei der Landmann, der B der Getreidehändler, der C der Müller, der D der Bäcker u. s. f. Immer das nämliche zusammengesetzte Phänomen.

Der Jurist aber, unbekümmert um die letzte Bestimmung von Leistung und Gegenleistung, bescheidet sich gerne, nur zwei benachbarte Vermögen in Betracht zu ziehen, um den einzelnen entgeltlichen Vertrag, durch den sie communiciren, wie eine isolirte, sich selbst genügende Erscheinung in's Auge zu fassen.

Gleichwohl zieht die zunehmende Mannigfaltigkeit der Verkehrsbeziehungen diesem atomisirenden Streben eine Grenze, indem sie zur abkürzenden Zusammenfassung der wirthschaftlich zusammengehörigen Vorgänge auch in rechtlicher Hinsicht auffordert. Oft nämlich ist es unnütz und zuweilen selbst unmöglich, jenen negativen Strom der Gegenleistungen durch

alle Zwischenstationen zurückzuleiten. Läßt man ihn nun ein mittleres Vermögen überspringen, so daß das dritte mit dem ersten ohne Vermittlung des zweiten in Verbindung tritt, so erblicken wir sofort anstatt des geraden doppelten Stromes einen einfachen Kreislauf. Der A leistet an B, der B an C, der C unmittelbar an A. Für seine Leistungen an C erhält B also die Gegenleistung von A. Die Leistung des C an A dagegen berührt sein Vermögen nicht, sie ist für ihn weder Leistung, noch Gegenleistung, und man könnte sie von seinem Standpunkte aus am passendsten als Zwischenleistung bezeichnen, weil sie eben die wirthschaftliche Verbindung zwischen Leistung und Gegenleistung herstellt.

Die beiden letzteren können, obgleich dabei drei Personen in Betracht kommen, von vornherein in einem einzigen synallagmatischen Vertrage bestimmt sein und damit zugleich von Anfang an ihre Richtung auf verschiedene Personen empfangen; die Festsetzung der Zwischenleistung dagegen wird in der Regel einem abgesonderten Uebereinkommen überlassen bleiben, da sie auf einem zweiten Geschäfte mit besonderer causa beruht und einen der drei Betheiligten (den B) nichts angeht.

Indeß wäre immerhin eine Zusammenfassung aller rechtlichen Beziehungen möglich. Durch einen einzigen Vertrag könnte z. B. der A sein Stadthaus dem B und dieser dem C sein gleichwerthiges Landhaus überlassen, während C sich verpflichten würde, dem A 20.000 fl. als Kaufpreis zu bezahlen. Diese 20.000 fl. wären also ebensowohl der Preis des Stadthauses als der des Landhauses. Es läge wohl nur ein Vertrag vor, aber ein Vertrag mit doppelter causa. Der C könnte dem Anspruche des A zwei exceptiones non adimpleti contractus entgegensetzen. Er könnte die Zahlung verweigern, weil der Gläubiger A dem B das Stadthaus, und weil der B ihm selbst das Landhaus nicht übergeben hätte. Ein so schwerfälliges Rechtsverhältniß durch einen Vertrag der geschilderten Art zu begründen, wäre jedoch ebenso unzweckmäßig als überflüssig, denn da die Zwischenleistung des C an A den B nicht interessirt[1]), so hindert nichts, die Feststellung derselben, also überhaupt die Regelung des Verhältnisses zwischen C und A dem besonderen Uebereinkommen der Betheiligten zu überlassen und damit aus dem von beiden mit B geschlossenen Vertrage eine causa

[1]) Ebenso kann selbstverständlich auch für A die Leistung des B an C und für C die Leistung des A an B zur juristisch gleichgiltigen Zwischenleistung werden. Jede beliebige dieser Leistungen kann nämlich aus dem dreiseitigen Hauptvertrage, der die beiden anderen zusammenfaßt, ausgeschieden und dem zweiseitigen Vertrage vorbehalten werden.

zu eliminiren. Diese causa wird also verschleiert; der B erfährt vielleicht nichts von ihr, mindestens geht sie ihn nichts an. Es wird ein Vertrag geschlossen, demzufolge der B von A ein Stadthaus zu erhalten und dafür dem C ein Landhaus zu übergeben hat. Das Weitere machen A und C unter sich ab. Dieser Vertrag ist nun noch kein Vertrag zu Gunsten eines Dritten. Der C ist ja kein Dritter; er nimmt selbst am Vertrage theil und man könnte ihn ebensowohl den Ersten nennen.

Wie nun, wenn ein Vertrag desselben Inhaltes blos zwischen A und B ohne Zuziehung des C geschlossen wird? Sieht man von dem Falle ab, daß C nachträglich dem noch als unvollständig zu betrachtenden Geschäfte beitreten, also doch Contrahent werden soll, so eröffnen sich drei Möglichkeiten der Construction:

1. Zwischen A und C besteht ein Stellvertretungsverhältniß, sei es nun, daß A beim Vertragsabschlusse den C oder C bei Entgegennahme der Leistung den A zu vertreten hat — oder

2. der A erwirbt das Recht aus dem Vertrage für sich, um es sodann auf den C zu übertragen (materiell: indirecte Stellvertretung; formell: Rechtsnachfolge) — oder

3. es tritt keiner von beiden Fällen ein, C erwirbt, ohne durch den A vertreten zu sein oder selbst den A zu vertreten, unmittelbar (nicht als Rechtsnachfolger) das im Vertrage für ihn bedungene Recht. Nur in dem letzteren Falle würde ein Vertrag zu Gunsten des Dritten im Sinne der herrschenden Lehre vorliegen.

Sowohl die Rücksicht auf die positiven gemeinrechtlichen Vorschriften als auch der methodische Grundsatz der Homogeneität (oder der Sparsamkeit) scheint den von so vielen und hervorragenden Schriftstellern unternommenen Versuch zu rechtfertigen, die von den Anhängern der herrschenden Richtung anerkannten Fälle von Verträgen zu Gunsten Dritter sämmtlich unter die eine oder andere der beiden erstgenannten Kategorien zu subsumiren.[2]) Dieser Versuch jedoch kann, soweit sich in Constructionsfragen überhaupt etwas ausmachen läßt, als mißlungen angesehen werden. Immerhin sind die Fälle, in welchen mit der Stellvertretung oder Cession das Auslangen zu finden ist, ungemein zahlreich. Sie sollen im folgenden Paragraphen besprochen werden, bevor an die Erörterung jener Fälle herangetreten

[2]) Vgl. die „romanistischen Theorien" bei Gareis, Die Verträge zu Gunsten Dritter, S. 84 ff., Tartufari, Dei contratti a favore di terzi, S. 185 ff.

wird, welche die Anerkennung eigentlicher Verträge zu Gunsten Dritter als unvermeidlich erkennen lassen.

§ 2. Stellvertretung und Cession.

I. Stellvertretung beim Vertragsabschlusse. Daß es weder Unger noch Gareis gelungen sei, ein Kriterium aufzustellen, welches im einzelnen Falle die Unterscheidung des im Namen eines Dritten von dem zu Gunsten eines Dritten abgeschlossenen Geschäfte ermöglichen würde, hat niemand überzeugender als Zimmermann[1]) dargethan. Freilich: der begriffliche Unterschied liegt auf der Hand. „Wer einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten abschließt, handelt im eigenen Namen, wer einen Vertrag als Stellvertreter abschließt, handelt im fremden Namen."[2]) Aber wenn nun ein Geschäftsmann — unbekannt mit der haarscharfen juristischen Abgrenzung zwischen Stellvertretung und Vertragsschluß zu Gunsten Dritter — ganz naiv „für" einen Dritten[3]) contrahirt: woran soll man erkennen, ob er im eigenen oder im fremden Namen gehandelt habe, oder richtiger — da jede präcise Intention gefehlt haben kann — wovon soll es abhängen, ob wir Juristen ihn als Selbstcontrahenten oder als Stellvertreter aufzufassen haben?

Zimmermann findet das Kriterium in der Causalbeziehung. Besteht die causa des Geschäftes nur zwischen den am Vertragsabschlusse unmittelbar Betheiligten, dann sind sie selbst Contrahenten, das Geschäft ist ein Vertrag zu Gunsten des Dritten. Besteht aber die Causalbeziehung nur zwischen dem Promittenten und dem Dritten, dann ist dieser als Contrahent anzusehen, der Empfänger des Versprechens muß also im Namen des Dritten acceptiren; denn würde er im eigenen Namen acceptiren,

---

[1]) Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio, S. 67 ff.

[2]) Windscheid, Pandekten, § 316 a, Note 1.

[3]) So sagt auch das österr. a. b. G. B. (§ 881) einfach: „Außer den von den Gesetzen bestimmten Fällen kann . . . niemand für einen andern ein Versprechen machen oder annehmen", was uns heute doppelsinnig erscheint. (Vgl. Burckhard, System, 2. Bd., S. 425, Note 8). Ob einer für sich oder für einen andern zahlt, d. h. um seine eigene oder die Schuld eines andern zu tilgen, ist eine Thatfrage von entscheidender Bedeutung, die zumeist leicht zu lösen sein wird. Die Frage dagegen, ob derjenige, der für einen andern zahlt, dies im eigenen Namen oder im Namen des andern thue, hat nur als Constructionsfrage einige Berechtigung; es ist absurd, von der Lösung dieser Frage als einer quaestio facti die befreiende Wirkung der Zahlung abhängig zu machen. Vgl. Zimmermann, S. 301 fg., und für das französische Recht Demolombe, Des contrats, I, 236 und 240.

so wäre der Vertrag sinnlos, ungiltig.[4]) Wer diese sehr beliebte Unterscheidung für ausreichend hält, übersieht, daß die causale Beziehung auch alle drei Betheiligten umfassen kann, ja in den allermeisten der in Betracht kommenden Fälle thatsächlich umfaßt. Denn nicht auf die historische causa, das Motiv zum Vertragsabschlusse, kann es ankommen; entscheidend ist, ob das zu Gunsten des Dritten abgegebene Versprechen die causa des Vertrages in sich aufgenommen hat. Ist dies der Fall, so besteht die causa ebenso unmittelbar und wirksam für den Dritten wie für den Promissar. Wenn Titius dem Sejus ein Haus verkauft und Sejus ihm verspricht, den Kaufpreis (als solchen) dem Maevius zu zahlen, so geht — die Giltigkeit eines solchen Vertrages vorausgesetzt — die actio emti gegen den Titius, aber dem Maevius steht die actio venditi zu. Die Verkäuferrolle ist zwischen beiden derart vertheilt, daß sie mit gleichem Rechte als Verkäufer zu bezeichnen sind. Ebenso hat beim Versicherungsvertrage der Begünstigte nicht etwa ein abstractes Forderungsrecht auf eine bestimmte Summe, vielmehr ist sein Recht durch die zu Grunde liegende causa (Versicherung) in demselben Sinne bestimmt wie die Verpflichtung des Versicherungsnehmers.[5])

Wird nun in diesen häufigsten Fällen, in denen sich auf das Recht des Dritten eben die causa erstreckt, die der Verpflichtung des Promissars zu Grunde liegt, von den angeführten Kriterien im Sinne Zimmermann's Anwendung gemacht, so gelangt man zu dem Ergebnisse, daß der Promissar zwar die Verpflichtungen im eigenen Namen übernehme, hinsichtlich der Berechtigungen aber nur im Namen des Dritten die Annahme erkläre. Diese Consequenz, so wenig sie den Absichten Zimmermann's entspricht, und so befremdend sie auf den ersten Blick erscheint, wird bei näherer Betrachtung merkwürdig und beachtenswerth. Würde der Dritte beim Abschlusse des Vertrages mitwirken, so würde in der That jene Spaltung offen hervortreten, der A würde dem B die Leistung X versprechen, der B würde, dieses Versprechen annehmend, dem C die Gegenleistung Y versprechen, und der C würde dieses Versprechen des B acceptiren. Ist C dagegen beim Vertragsschlusse nicht betheiligt und nimmt daher — mit derselben Wirkung! — das zu seinen Gunsten gemachte Versprechen A an, so ersetzt der A die Theilnahme des C, es liegt ungemein nahe, ihn bezüglich

[4]) Vgl. Gareis, S. 210 fg.; Danz, Forderungsüberweisung, S. 118 fg.; Regelsberger, Handb., 2. Bd., S. 474 fg. u. a., dagegen Bähr, Prakt. Archiv, 67. Bd., S. 170.

[5]) Vgl. unter § 29.

des Rechtserwerbes als Stellvertreter desselben zu betrachten.[6]) Mit dieser Construction wäre denn auch das Auslangen zu finden, wenn nicht in manchen Fällen (unten § 3) der Gedanke der Stellvertretung von vornherein ausgeschlossen wäre, und wenn nicht das Gesetz oder die Absicht der Contrahenten so häufig sowohl auf die dem Geschäfte vorhergehende Vollmacht als auch auf die demselben nachfolgende Genehmigung des Dritten verzichtet hätte[7]): daher man denn, um die Stellvertretungstheorie aufrecht zu halten, mit Zimmermann[8]) die Möglichkeit stellvertretender negotiorum gestio „ohne das Bedürfniß der Ratihabition" anerkennen müßte.[9]) Lehnt man diese Erweiterung des Begriffes der negotiorum gestio ab, so erscheint die Anerkennung der Verträge zu Gunsten Dritter sofort unvermeidlich, wiewohl hiedurch wieder der Vertragsbegriff selbst eine Erweiterung erfährt.

Beide Begriffe, stellvertretende negotiorum gestio ohne Ratihabition und Vertrag zu Gunsten Dritter nebeneinander zu verwenden, wie dies

---

[6]) Warum eine derartige partielle Stellvertretung unmöglich sein soll (Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht, 5. Aufl., 2. Bd., S. 420, Note 11 b) ist nicht abzusehen. Thatsächlich erblickt noch Leonhard, Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten, S. 24, in den „Verträgen zu Gunsten des Vermögens eines abwesenden Dritten" eine Unterart der unbeauftragten Stellvertretung im Forderungserwerbe. Der Versicherungsnehmer z. B. wäre im Erwerbe Vertreter des Begünstigten, nicht im Bezahlen (S. 28). Genau in der im Texte bezeichneten Weise construirt Ehrenberg, Dogm. Jahrb., 30. Bd. S. 423, die Versicherung für fremde Rechnung: „Für die Geltendmachung der Vertragsrechte ist der Versicherungsnehmer Stellvertreter, für die Erfüllung der Vertragspflichten ist er Commissionär; der Interessent seinerseits (der Versicherte) ist für die Geltendmachung der Rechte allemal selbst Vertragspartei, für die Erfüllung der Pflichten dagegen ist er es gar nicht oder nur beiläufig und ausnahmsweise." Vgl. auch Ehrenberg, Versicherungsrecht, 1. Bd., S. 191.

[7]) Dies ignorirt Leonhard (S. 46). Er glaubt in allen Fällen die Ratihabition des Dritten binnen einer von den Vertragsgenossen zu setzenden Frist fordern zu dürfen.

[8]) S. 301 ff. Vgl. dagegen Hellmann, Krit. Vierteljahrsschrift, 19. Bd., S. 370.

[9]) Während Zimmermann zwischen den Verträgen zu Gunsten Dritter und den Fällen der stellvertretenden negotiorum gestio ohne das Bedürfniß der Ratihabition unterscheidet, hat — vor Zimmermann — Lemayer, Allg. Gerichtszeitung, 1869, S. 342, den Versuch unternommen, die ganze Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter unter den Gesichtspunkt einer derartigen negotiorum gestio zu bringen.

Zimmermann gethan hat, erscheint überflüssig und mit Rücksicht auf die Schwierigkeit der Abgrenzung bedenklich.

II. Stellvertretung bei der Erfüllung. Mit einem Hauptvertrage, vermöge dessen der Promittent Schuldner des Promissars wird, kann ein Nebenvertrag verknüpft werden, vermöge dessen bei oder gelegentlich der Erfüllung des Hauptvertrages der Dritte oder der Promittent selbst den Promissar in einer bestimmten Beziehung zu vertreten hat.

1. Beim Eincassirungsmandat vertritt der dritte den Promissar bei der Erfüllung des Hauptvertrages. Es ist aber nicht nöthig, daß ein solches Mandat dem dritten direct ertheilt und von ihm angenommen worden ist. Denn es handelt sich hier nicht um das Rechtsverhältniß zwischen dem Promittenten und dem Dritten, sondern um ein Rechtsverhältniß zwischen den Contrahenten. Es genügt daher, daß der Dritte — wie dies im täglichen Verkehre unzählige Male geschieht — dem Promittenten als zum Empfange der Leistung ermächtigt namhaft gemacht worden ist. Dadurch erlangt der Promittent die Befugniß, dem Dritten mit der Wirkung zu leisten, als ob er dem Promissar unmittelbar geleistet hätte[10]), d. i. den Dritten als Vertreter des Promissars zu behandeln (passive Stellvertretung); daß der Dritte die Leistung im Namen des Dritten entgegennehme, also in dessen Namen handle (active Stellvertretung) ist nicht wesentlich.[11]) Da der Dritte als bloßer Repräsentant in keinem Falle ein Klagerecht gegen den Promittenten hat, liegt hier kein Vertrag zu Gunsten Dritter vor.

2. Beim Zahlungsmandat vertritt der Promittent den Promissar gegenüber dem Dritten in Beziehung auf das zwischen dem Promissar und dem Dritten bestehende Rechtsverhältniß, d. h. die Leistung des Zahlungsmandatars soll dem Dritten als Leistung des Mandanten gelten. Es genügt, daß dies zwischen dem Dritten und dem Promissar ausgemacht wird. In welchem Sinne der Promittent leistet, ist gleichgiltig. Es ist

[10]) l. 180 D. de R. J. 50, 17: „Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset."

[11]) Wenn z. B. jemand in einem Geschäfte Waare kauft und den Verkäufer um Ablieferung an eine dritte Person ersucht, so gilt dieselbe dem Verkäufer gegenüber als zum Empfange ermächtigt (als Stellvertreterin des Bestellers), mag sie auch selbst gar nicht daran denken, den Besteller — der ihr vielleicht ganz unbekannt ist (man denke an anonyme Sendungen) — zu vertreten. Erfüllt der Verkäufer nicht, so steht das Klagerecht selbstverständlich nur dem Besteller zu, der überhaupt dominus negotii bleibt.

daher für das Verhältniß zwischen dem Promittenten und dem Dritten nicht wesentlich, daß dem Promittenten selbst ein Zahlungsmandat ertheilt wurde (active Stellvertretung). Nur darauf kommt es an, daß der Dritte den Promittenten als Vertreter des Promissars zu behandeln hat (passive Stellvertretung).[12]) Da der Dritte gegen den Zahlungsmandatar kein Klagerecht hat, kann auch hier von einem Vertrage zu Gunsten des Dritten nicht gesprochen werden.

Zahlungsmandat und Eincassirungsmandat lassen sich nicht zu einem einzigen Geschäfte — Assignation[13]) — vereinigen, da sie sich auf verschiedene Rechtsverhältnisse beziehen.[14]) Auch hätte es gar keinen Sinn, wenn bei einem und demselben Geschäfte sowohl der Leistende als auch der Leistungsempfänger gegenseitig nur als Vertreter desselben Mandanten aufzutreten hätten, um also eine Leistung des Mandanten an sich selbst zu bewirken. Bei der Assignation liegt vielmehr keine Stellvertretung vor. Der Assignat leistet dem Assignatar im eigenen Namen, der Assignatar empfängt die Leistung im eigenen Namen. Da aber die Leistung nur um der Anweisung willen und nicht vermöge irgend einer zwischen dem Assignaten und dem Assignatar vorliegenden eigenen geschäftlichen Beziehung erfolgt[15]), so erscheint die Leistung für beide abstract (ohne materielle causa) und ebenso ist das Accept der Anweisung ein abstractes Schuldversprechen.[16])

---

[12]) Nicht von dem Zahlungs- und Eincassirungsmandate als Auftrag (Mandat i. e. S.), sondern von der Ermächtigung ist hier die Rede, vermöge welcher die Leistung an den Eincassirungsmandatar, beziehungsweise die Leistung des Zahlungsmandatars die Schuld, beziehungsweise Forderung des Dritten tilgt. Für diese Wirkung muß das Einverständniß zwischen Gläubiger und Schuldner, also zwischen dem Mandanten und dem Dritten genügen.

[13]) Gareis, Handelsrecht, § 75 u. a.

[14]) Wohl aber können sie neben einander bestehen. So kann im Falle der Note 11 der Besteller dem Adressaten zur Beschaffung der Waare verpflichtet gewesen sein und denselben avisirt haben, daß der betreffende Geschäftsmann die Waare an seiner Statt liefern werde. Alsdann ist für diesen der Adressat, für den Adressaten der Geschäftsmann Vertreter des Bestellers als seines Gläubigers, beziehungsweise Schuldners. Eine Obligation des Geschäftsmannes gegen den Adressaten entsteht auch in diesem Falle nicht. Zwischen ihnen vollzieht sich nur die direct farblose, indirect doppelt bedeutende Leistung.

[15]) Die Leistung des Assignaten ist bloße Vollzugsleistung im Sinne Windscheid's, Indirecte Vermögensleistung, S. 4.

[16]) Nur wenn man an der im kaufmännischen Verkehre so deutlich hervortretenden Natur der Anweisung festhält, ist es möglich, dieselbe gegenüber dem Zahlungs- und Eincassirungsmandat, der Schuldübernahme und der Cession scharf

Insoferne nun die herrschende Lehre das charakteristische Merkmal der Verträge zu Gunsten Dritter darin erblickt, daß der Dritte ohne eigenes Zuthun die pactirten Rechte erwirbt, kann sie auch die Assignation nur in Ausnahmsfällen [17]) als Vertrag zu Gunsten eines Dritten gelten lassen.

III. Cession. Will der Promissar nicht als directer Stellvertreter des Begünstigten auftreten, so kann er immerhin als indirecter Stellvertreter (Ersatzmann) das dem Dritten zugedachte Recht zunächst formell für sich erwerben, um es sodann auf den Dritten zu übertragen. Es ist daher nicht gleich auf den ersten Blick klar, woher denn das so vielfältig behauptete Bedürfniß nach Anerkennung der Verträge zu Gunsten Dritter stamme. Mindestens könnte man sich dem Anscheine nach mit der Annahme einer cessio legis oder einer Ausübungsbevollmächtigung im Sinne der Bähr'schen Lehre behelfen. Wohl ergeben sich mancherlei Unzukömmlichkeiten bei der Durchleitung des für den Dritten bestimmten Anspruches durch das Vermögen des Promissars [18]), insbesondere dann, wenn die Erwerbsfähigkeit oder die Veräußerungsfähigkeit des Promissars [19]) beschränkt ist und namentlich im Falle der Insolvenz desselben. [20]) Aber

---

abzugrenzen. Die Assignation des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches umfaßt neben der eigentlichen Assignation die Schuldübernahme (§ 1400 a. b. G. B.) und den Zahlungsauftrag (§ 1403 a. b. G. B.) und vermischt sich überdies mit Encassirungsmandat und Cession (§ 1408 a. b. G. B.).

[17]) Gareis, Verträge, § 65, a.

[18]) Leonhard, S. 44; Regelsberger, Archiv, S. 17.

[19]) So könnte z. B. ein Vorkaufsrecht dem Dritten nur direct zugewendet werden. Vgl. Entsch. des österr. O. G. H. vom 11. October 1881, Z. 8573, Glaser, Unger'sche Slg. 9759. Der Promissar könnte es nicht zunächst für sich erwerben und sodann — gegen die Vorschrift des § 1074 a. b. G. B. — dem Dritten abtreten. Der Gesichtspunkt der mangelnden Erwerbsfähigkeit macht sich bei der Seeversicherung für fremde Rechnung geltend. Vgl. die folgende Note.

[20]) Anderseits hat aber dieser Umweg auch seine Vortheile, und zwar für den Promittenten, dem es möglicher Weise erwünscht ist, bis zur Abwickelung des Geschäftes nur mit dem Promissar und nicht mit dem ihm vielleicht ganz unbekannten oder aus irgend welchen Gründen persönlich minder angenehmen Dritten zu verkehren. Gehört es nun zum Wesen des Geschäftes, daß der ausbedungene Vortheil dem Dritten zukomme, oder liegt überhaupt auch dem Promittenten daran, daß der Dritte die Leistung erhalte, so kann geradezu ein „indirecter Vertrag zu Gunsten des Dritten" geschlossen werden, d. h. eine Vereinbarung dahin, daß zwar der Promissar allein legitimirt sein solle, die Leistung zu fordern und in Empfang zu nehmen, daß er aber mit der Uebernahme der Leistung auch die ohneweiters

diese Momente, die sich doch nur in Ausnahmsfällen geltend machen, hätten schwerlich die Kraft gehabt, den Verträgen zu Gunsten Dritter im Gefüge des gemeinen Rechtes zum Durchbruche zu verhelfen, wenn nicht die Nothwendigkeit zweier Geschäfte (Erwerb und Veräußerung), deren eines nur den Erfolg des andern zu vernichten bestimmt ist, und die darum beide überflüssig erscheinen, den Verkehr in allen Fällen in unbilliger Weise[21]) und namentlich in jener Rücksicht belästigt hätte, die von den theoretischen Juristen so leicht übersehen, in der Praxis aber so wichtig wird — nämlich hinsichtlich der Gebühren. Es ist nicht zu viel behauptet, wenn wir sagen, daß das Streben, überflüssigen Gebühren zu entgehen, dort, wo der Ausweg der directen Stellvertretung verschlossen war, die Anerkennung der Verträge zu Gunsten Dritter bewirkt habe. Dies geschah bei den Obligationen mit ungewissen Gläubigern, die im Folgenden betrachtet werden sollen.

§. 3. Verträge zu Gunsten unbestimmter Personen.

Die ältere gemeinrechtliche Doctrin hielt, soweit sie überhaupt directe Stellvertretung bei Abschließung von Verträgen zuließ, die sofortige Namhaftmachung des Vertretenen für unerläßlich. Sollte der Mandant zunächst ungenannt bleiben, so konnte nur der Umweg der indirecten Stellvertretung eingeschlagen werden. Der Mandatar mußte also das formell für sich erworbene Recht mittelst eines zweiten Vertrages auf den Mandanten übertragen; die Einrichtung der Verkehrssteuern brachte es mit sich, daß der Mandant in Folge dessen zur doppelten Gebührenentrichtung genöthigt war, also dafür, daß er ungenannt bleiben wollte, einen sehr erheblichen Nachtheil auf sich nehmen mußte.[1])

rechtswirksame Verpflichtung übernehmen müsse, dieselbe dem Dritten zu überlassen. Der Dritte erlangt also nach Erfüllung des Vertrages gegenüber dem Promissar auf Grund der zwischen beiden Theilen getroffenen Vereinbarung ein Forderungsrecht gegen den letzteren. Ein solcher Vertrag lag der Entscheidung R. G. XXIII, Nr. 55, S. 158, zu Grunde. Der Promissar war zwar ausdrücklich berechtigt, aber eben nur als indirecter Stellvertreter des Dritten. Dieser Ausweg ist jedoch nicht überall zulässig. Er ist nicht zulässig bei der Seeversicherung für fremde Rechnung. Vgl. Ehrenberg, Dogm. Jahrb. 30, S. 424 fg., Versicherungsrecht, S. 190.

[21]) A. M. Leonhard, Der Entwurf eines bürgl. Gesetzbuches ꝛc., S. 68, und Anfechtbarkeit der Verträge, S. 35 ff.

[1]) Im heutigen österreichischen Gebührenrechte ist diese Härte erheblich gemildert durch die Bestimmung des § 6, lit. c, der Vorerinnerungen zum Gebühren-

Dies erschien nun den französischen Juristen des sechzehnten und siebzehnten Jahrhunderts speciell bezüglich der öffentlichen Feilbietungen als eine ungerechtfertigte Härte, propterea quod non facile honesti plerique viri ad emptionem accedentes nomina sua publicis eiusmodi actis inseri patiantur, veriti ne ambitiosum id aut invidiosum existimetur.[2]) Man fand, daß schon das römische Recht diese Zurückhaltung billigte und berücksichtigte: solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi.[3]) So wurde denn das Rechtsinstitut der electio amici (noch jetzt als élection d'ami, häufiger jedoch als déclaration de command[4]) bezeichnet) eingeführt und in zahlreichen gerichtlichen Entscheidungen[5]) anerkannt. Bei öffentlichen und später auch bei privaten Verkäufen konnte jedermann für einen sogenannten „amicus" kaufen, und zwar pro amico aut electo aut eligendo, d. h. entweder für eine bereits bestimmte, aber noch ungenannte, oder — was für uns besonders wichtig ist — für eine noch ungewisse, erst auszuwählende Person. Die Rolle des Käufers spaltete sich: die Verpflichtungen, deren Träger dem Verkäufer nicht gleichgiltig sein konnte, übernahm zunächst der Eligent[6]), bezüglich der Berechtigungen aber kam ihm nichts anderes als das allerdings höchst werthvolle Recht zu, die Person des Berechtigten zu bestimmen. Die Electio mußte aus steuerpolitischen Gründen binnen 40 Tagen erfolgen, wenn die Einheit des Geschäftes gewahrt und die wiederholte Gebührenentrichtung vermieden werden sollte. Bemerkenswerth ist, daß schon die älteste Judicatur den Satz feststellte,

---

tarif: die indirecte Stellvertretung wird als solche anerkannt, d. h. nur eine Vermögensübertragung angenommen, wenn eine vom Machtgeber auf das (vom Machthaber im eigenen Namen abgeschlossene) Geschäft lautende und vor dessen Abschluß gerichtlich legalisirte Vollmacht beigebracht wird.

[2]) Antonius Faber, Codex definitionum, l. 4, tit. 34, def. 1.

[3]) l. 5, § 4 D. de auct. et cons. tut. 26, 8; Voet ad pand. lib. 18, tit. 1, nr. 8. Vgl. Bechmann, Kauf, 2. Bd., S. 291, Note 3 und Randa, Eigenthum, § 11, Note 38.

[4]) Holländisch: koop met verklaring van meester oder keuze van vriend. Vgl. Moltzer, overeenkomst ten behoeve van derden, S. 44 ff.

[5]) Faber citirt solche aus den Jahren 1588 bis 1593.

[6]) Faber l. c.: quamvis non eo magis liberetur, qui cum venditore contraxit, ne pretii nomine conveniri possit, si id venditor malit, quam ob causam indemnitatem eligenti repromittere electus solet etc. Ueber das spätere Recht („Anweisung an soliden und solventen Meister oder Freund") vgl. Moltzer, S. 48 und die Entscheidung des Reichsgerichtes XXVI, Nr. 72, S. 363 ff.

daß es auf die Erwerbsfähigkeit des Eligenten, der rechtzeitig nominirt hat, nicht ankomme, „propterea quod ne momento quidem uno in persona Titii (eligentis) acquisitio constitisset“.[7]) Schon hieraus ergibt sich, daß an dem Principe der Einheit des Geschäftes nicht blos in fiscalischer Beziehung festgehalten wurde. Auch Grönewegen[8]) bezeugt das ungemein häufige Vorkommen des Kaufes für eine incerta persona intra certum tempus eligenda. Voet[9]) berichtet, daß in Holland die Nominationsfrist ursprünglich 6 Wochen betragen habe, jedoch durch Edicte aus den Jahren 1623 und 1664 auf 3 Tage herabgesetzt worden sei. Die Gebühr betrug ein Vierzigstel des Kaufpreises. Im heutigen französischen Rechte[10]) gilt zufolge Gesetzes vom 28. April 1816, Art. 44, Nr. 3, eine Frist von 24 Stunden.[11]) Erfolgt die Declaration rechtzeitig in der gehörigen Form, so tritt der Command an die Stelle des Declaranten und ist keine neuerliche Gebühr zu entrichten.[12]) Die Abkürzung der Frist erfolgte ausschließlich im Interesse des Fiscus, zu dessen Nachtheile die déclaration de command leicht ausgebeutet werden konnte. Es handelte sich dabei offenbar darum, den Kauf für den amicus eligendus möglichst auszuschließen und nur den amicus electus zuzulassen. Aber auch heute noch wird angenommen, daß für den Command die Erwerbsfähigkeit im Momente der Declaration erforderlich ist und genügt, während dieselbe nicht nothwendig schon im Momente des Vertragsabschlusses vorhanden sein muß. Diese Erwägung und vor allem wohl der Umstand, daß der Eligent immerhin auch in der kürzesten Frist einen beliebigen Command auswählen und namhaft machen kann, an den er bei der Abschließung des Vertrages noch gar nicht gedacht hat, läßt sowohl die Theorie des fingirten Mandates (Dumoulin, Argentré) als auch die der negotiorum gestio[13]) (Demolombe) wie überhaupt jede Stellvertretungs-

---

[7]) Faber, l. c. tit. 34, def. 4.

[8]) Zu l. 6 Cod. si quis alteri vel sibi.

[9]) l. c. (oben Note 3).

[10]) Laurent, Stip. pour autrui, S. 101. Ueber das geltende holländische Recht vgl. Moltzer, S. 46, Note 1.

[11]) Noch weiter geht der Code forestier, art. 23, bezüglich der Versteigerung von öffentlichen Holzschlägen: Aucune déclaration de command ne sera admise, si elle n'est faite immédiatement après l'adjucation et séance tenante.

[12]) Ges. vom 13. September 1791; Laurent, ibid.

[13]) Unter diesen Gesichtspunkt bringt Demolombe allerdings alle Verträge zu Gunsten Dritter; Tartufari, S. 80 ff.

theorie unannehmbar erscheinen und rechtfertigt die Ansicht Laurent's[14]), daß die déclaration de command als (exceptioneller) Vertrag zu Gunsten Dritter anzuerkennen sei. Tartufari[15]) meint allerdings, daß man die Annahme seitens des nominirten Dritten offenbar voraussetzen müsse, und Gareis[16]) führt Faber geradezu als einen Schriftsteller an, der durch seine Bezugnahme auf das Versprechen an eine incerta persona mittelbar auf das Requisit der Acceptation hinweise. Allein das Versprechen zu Gunsten des Eligendus wird nach Faber vom Eligens acceptirt. Ein anderes aber ist die factische Annahme eines Rechtes — welche ja bei jedem Vertrage zu Gunsten Dritter stattfinden wird — ein anderes die juristische Acceptation der Offerte als Voraussetzung des Rechtserwerbes. Daß eine Acceptation seitens des Dritten in diesem uns allein interessirenden Sinne bei der electio amici Erforderniß wäre, wird von den Schriftstellern nicht bezeugt. Wenn endlich Moltzer[17]) die electio amici nicht zu den Verträgen zu Gunsten Dritter rechnen will, weil daraus nur der Dritte und nicht auch der Promissar ein Klagerecht gegen den Promittenten erlange, so ist dies nur eine Consequenz der von ihm beliebten Begriffsbestimmung der Verträge zu Gunsten Dritter.

Prüfen wir nun dieses eigenartige Rechtsgeschäft als zwar nicht praktischen, aber doch instructiven Fall vom Standpunkte des gemeinen und des österreichischen Rechtes, so haben wir zunächst in Betracht zu ziehen, daß nach diesen Rechten anonymes Contrahiren durch Stellvertreter zweifellos möglich ist.[18]) So nahe derartige Geschäfte — pro amico electo — den Verträgen zu Gunsten Dritter kommen mögen, liegt gegenwärtig kein Grund vor, sie als solche zu construiren. Anders wenn zu Gunsten einer noch ungewissen, insbesondere einer erst nachträglich von einem der

---

[14]) Stipulations pour autrui, S. 102.

[15]) Contratti a favore di terzi, S. 179.

[16]) Verträge zu Gunsten Dritter, S. 66.

[17]) Overeenkomst ten behoeve van derden, S. 51 fg.

[18]) Vgl. Sohm, Dogm. Jahrb. 17. Bd., S. 46; Burckhard, System, 2. Bd., S. 424, Note 7; Entsch. des österr. O. G. H. vom 26. Juni 1883, Z. 2236 (Gerichtszeitung, 1883, Nr. 63); Entsch. des R. G., XX, Nr. 9 und XXIV, Nr. 13. Bezüglich der anonymen Abschlüsse durch Handelsmäkler vgl. den (in Oesterreich geltenden) Art. 69a H. G. B. und dazu Grünhut, Endemann's Hdb., 3, S. 147 ff.; bezüglich der anonymen Geschäftsvermittlung durch Privathandelsmäkler § 7 der Usancen für den Waarenhandel an der Wiener Börse. Die Aehnlichkeit der hier geltenden Regeln mit denen der alten electio amici ist unverkennbar. Vgl. diesbezüglich Moltzer, S. 48, Note 3.

Betheiligten auszuwählenden Person — pro amico eligendo — cor trahirt wurde. Einer persona incerta kann man wohl offeriren [19] aber man kann mit ihr nicht contrahiren.[20]) Soll also zwischen der Promittenten und dem Promissar der Vertrag selbst abgeschlossen und nich blos eine der Annahme bedürftige Offerte abgefaßt werden, so entzieh sich das Geschäft jeder Construction mittelst der erörterten hergebrachter Kategorien: an Stellvertretung ist nicht zu denken, weil die Person der Berechtigten erst nach dem Abschlusse des Vertrages bestimmt wird, an Cession nicht, weil der Promissar ne momento quidem als Erwerber erscheinen soll. So tritt uns denn im Vertragsschlusse zu Gunsten ungewisser Personen[21]) nach Art der electio amici[22]) ein Phänomen entgegen, das uns nöthigt, mit allen sogenannten Ableitungstheorien zu brechen.

Das Charakteristische unseres Musterfalles liegt darin, daß dem Promissar überlassen bleibt, über die Ausfüllung der zunächst leer gelassenen Gläubigerrolle zu verfügen. Aehnlich verhält es sich mit den Ordre- und Inhaberpapieren[23]), wenn man dieselben zu den Verträgen zu Gunsten Dritter rechnen will[24]); genau so bei der

[19]) A. M. Hasenöhrl, 1. Bd., S. 632.

[20]) Sohm, S. 56 ff. Vgl. bezüglich der Unzulässigkeit der Stellvertretung R. G., XXIX, S. 179.

[21]) Vgl. auch die Bemerkungen Sohm's, S. 80 fg., bezüglich der Inhaberpapiere.

[22]) Da das französische Recht den Vertragsschluß pro amico electo rechtlich dem Vertragsschlusse pro amico eligendo gleichstellt, indem es überall nur die nachträgliche Erklärung entscheiden läßt, fällt dieses Rechtsinstitut in jedem Falle unter obigen Gesichtspunkt, niemals unter den des anonymen Geschäftsabschlusses.

[23]) Vgl. bezüglich der letzteren namentlich Sohm, a. a. O.

[24]) Vgl. Simon von Grönewegen ad § 19, I. de inut. stip.; Rüdiger, Lebensversicherungsvertrag, S. 267, Note 1 u. A. Besonders nahe verwandt dem Falle der electio amici erscheint das in bianco (vor Einsetzung des Namens des Remittenten) ertheilte Accept. Der Unterschied liegt darin, daß der Wechsel vor der vollständigen Ausfüllung unfertig (ungiltig) ist, während der Kaufvertrag mit electio sofort wirksam ist und wirksam bleibt, auch wenn die electio nicht erfolgt. Zweifellos kann der dem Blancoaccept zu Grunde liegende Wechselschluß sich geradezu als Vorvertrag zu Gunsten eines ungewissen Gläubigers darstellen. Uebrigens dürften die Inhaber- und Ordrepapiere richtiger unter den Gesichtspunkt der gebundenen Rechte (Krainz, System, § 49) zu stellen sein, wenn man sich schon nicht entschließen will, hier von einer — freilich zu Gunsten der publica fides eigenartig modificirten — Form der Rechtsübertragung von dem ersten Erwerber auf die Nachmänner zu sprechen.

Verbürgung zu Gunsten des vom Schuldner erst zu bestimmenden Gläubigers.[25])

Der gleiche Fall tritt endlich auch bei der Lebensversicherung, also bei demjenigen Geschäfte ein, das der modernen Doctrin von den Verträgen zu Gunsten Dritter den stärksten Rückhalt geboten hat. Es ist zweifellos, daß in der Polizze die Person des Begünstigten ungenannt und deren Bezeichnung einer nachträglichen Verfügung vorbehalten bleiben kann.[26])

Allein auch wenn der Begünstigte in der Polizze namentlich bezeichnet ist, kann der Versicherungsnehmer die Begünstigung jederzeit widerrufen und einen andern Begünstigten substituiren. Es ist daher thatsächlich, so lange bei der Todesfallversicherung der Versicherungsnehmer lebt, ungewiß, wem das Recht auf die Versicherungssumme nach der Fälligkeit zustehen werde. Sicher ist einerseits, daß es nicht dem Versicherungsnehmer zustehen werde[27]), anderseits aber, daß die Zuständigkeit dieses Rechtes von der Verfügung des Versicherungsnehmers abhänge. Der Fall liegt also wie bei der déclaration de command, nur daß die Declaration nicht sofort, sondern erst bei Eintritt der Fälligkeit des Vertrages unwiderruflich wird.

Gerade wegen der Ungewißheit der Person des Begünstigten ist es unmöglich, den Versicherungsnehmer als dessen stellvertretenden negotiorum gestor[28]) zu betrachten, und dies umso mehr, da der Begünstigte zur

---

[25]) Vgl. Siegel, Versprechen, S. 156, Note 26 (zu Seuffert, XI, Nr. 218); Windscheid, § 309, Note 9.

[26]) Vgl. Unger, Verträge zu Gunsten Dritter, S. 85, der in diesem (mit Unrecht nur in diesem) Falle einen Vertrag zu Gunsten einer incerta persona annimmt: „Die Forderung besteht zwar substantiell und objectiv, aber es fehlt ihr vorläufig noch an der subjectiven Anknüpfung, die der Versicherer in seiner Hand hat." Vgl. Stobbe, Handbuch, 3 Bd., S. 115, Note 18. Bezüglich der Folgen der unterlassenen Verfügung unrichtig Unger, S. 85, Note 113, richtig Gerber, § 202, Note 13.

[27]) Die Frage, wer vor der Fälligkeit der Polizze Gläubiger sei (siehe darüber unten § 24) kann hier unerörtert bleiben. Wer mit der herrschenden Lehre den Versicherungsnehmer nicht als Gläubiger gelten läßt, wird die Aehnlichkeit des Rechtsverhältnisses mit der electio amici nicht bestreiten können. Aber auch die andere Meinung betrachtet den Begünstigten nicht als Rechtsnachfolger des Versicherungsnehmers. Das Phänomen wird (wie bei den Ordrepapieren) nur complicirter, aber es bleibt im Wesen das gleiche.

[28]) Deshalb paßt auch die Ehrenberg'sche Construction (vgl. oben § 2, Note 6) nicht auf die Versicheruug für Rechnung „wen es angeht", für die den

Zeit des Vertragsabschlusses noch gar nicht zu existiren braucht; man denke etwa an den Fall, daß ein Kinderloser sich zu Gunsten seiner (noch ungezeugten) Kinder versichert.[29])

Aehnliche Beredungen zu Gunsten ungewisser Personen (z. B. der Kinder, welche zu einem gewissen Zeitpunkte vorhanden sein werden) kommen bei bäuerlichen Gutsabtretungen und sonst ungemein häufig vor.[30])

Die Untersuchung dieser Fälle also, welche zum Theil eine starke Analogie zu den letztwilligen Verfügungen aufweisen[31]), zeigt, daß mit den Kategorien der Stellvertretung und der Cession nicht auszukommen ist, und daß in der That gewohnheitsrechtlich auch auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes[32]) jene Erweiterung des Vertragsbegriffes eingetreten ist, welche die Anerkennung der Verträge zu Gunsten Dritter ermöglicht.

Franzosen der bezeichnende Name „pour compte d'ami" geläufig ist. Man kann mit einem Ungenannten contrahiren, aber nicht mit einem Ungewissen. Vgl. Lewis, Versicherungsrecht, S. 134 fg.

[29]) Das Gleiche wäre bei der von vielen zu den Verträgen zu Gunsten Dritter gerechneten successiven Gründungssubscription stets der Fall. Siegel, S. 156, Karlowa, Rechtsgeschäft, S. 73, Cohen, S. 50 u. a. Vgl. jedoch Kuntze in der Festgabe für Müller, S. 73 ff. (Gesammtact).

[30]) So kann z. B. der verwitwete Bauer gelegentlich der Gutsübergabe ein Ausgedinge für den Fall seiner Wiederverehelichung zu Gunsten der zweiten Frau ausbedingen. Entsch. des O. G. H., vom 6. Februar 1880, Z. 14.316, Slg. 7845 (vgl. R. G., 29. Bd., S. 173 und 179). Sehr interessant sind die Bestimmungen der böhmischen Stadtrechte, denen Nebenverträge (Clauseln) zu Gunsten Dritter geläufig sind. Sie unterscheiden, ob der Dritte im Vertrage genannt ist (mit Namen angeführt) oder nicht (blos generell bezeichnet als Erbe, Kind ꝛc.). Nur im ersteren Falle ist die bezügliche Clausel unwiderruflich. So heißt es in der anonymen Uebersetzung der Stadtrechte, Cap. G. 50: „Wann ein Vater ein Gut kauft und lässet solches neben sich verschreiben seinen Erben und Erbnehmern oder auch seinem Weibe und läßt keinen mit Namen setzen, solche Verschreibung kann geändert werden. Aber in welcher Verschreibung die Personen mit Namen gesetzet seynd, solche Verschreibung mag ohne Willen derer, die darin gesetzet seynd, nicht geändert werden." Damit ist die Bestimmung in Cap. C 55, zu vergleichen. Dieselbe Buchstabeninterpretation, die heutzutage noch in der Lehre von den Lebensversicherungsverträgen (vgl. unten § 24) eine so große Rolle spielt!

[31]) Buchka, Stellvertretung, S. 114; Bähr, Prakt. Arch., Bd. 67, S. 171 ff. u. A.

[32]) Auf dem Gebiete des österreichischen Rechtes nur soweit, als sich hier das Gewohnheitsrecht (§ 10 a. b. G. B.) geltend zu machen vermag; darüber unten § 16.

§ 4. Begrenzung und Eintheilung des Gebietes der Verträge zu Gunsten Dritter.

Die Betrachtung der eben erörterten Geschäfte, insbesondere der electio amici und der Lebensversicherung regt den Gedanken an, jene eigenartige Befugniß des Promissars, die Person des Berechtigten zu bestimmen, als ein charakteristisches Merkmal der Verträge zu Gunsten Dritter aufzufassen, welches den Fällen der negotiorum gestio durchaus abgeht; wenn bei diesen letzteren überall der Dritte als dominus negotii, der Promissar hingegen gleichsam blos als sein — allerdings freiwillig sich anbietender — Untergebener auftritt, sehen wir dort den Promissar selbst kraft eigenen Rechtes den Geschäftsinhalt bestimmen. Und dieses eigene Recht erscheint uns deswegen nicht weniger kraftvoll und ursprünglich, weil der Promissar es nicht dazu benützt, sich selbst zum Gläubiger zu machen, sondern vermöge desselben einen Dritten in die Rechte eines Gläubigers des Promittenten einsetzt.

Nicht immer freilich bestimmt der Promissar allein die Person des Berechtigten. Wo diese Bestimmung im Vertrage von Anfang an enthalten und dem Promissar nicht einmal das Widerrufsrecht eingeräumt ist, da geht sie wenigstens formell ebensowohl vom Promittenten aus. Immerhin aber wird man es als wesentlich betrachten müssen, daß der Wille des Promissars wenigstens mitbestimmend ist. Wo der Promittent von vornherein entschlossen ist, dem Dritten eine Zuwendung zu machen, während der Promissar nur ad adstringendam promissoris fidem [1]) beigezogen wird, also nur, um dem feststehenden Willen des Promittenten rechtliche Geltung zu verschaffen, da kann der Promissar — wenn das formale Requisit der Annahme nicht ad absurdum geführt werden soll — nur als negotiorum gestor des Dritten auftreten.

Die Befugniß, einen Dritten zum Subjecte eines vom Promittenten gleichsam noch ohne subjective Beziehung angebotenen Rechtes zu machen, ist ein werthvolles und bedeutendes Recht des Promissars, trotzdem sie ihm unmittelbar keinen Vortheil bringt; gilt doch das Gleiche auch vom canonischen Präsentationsrechte des geistlichen Patrons. Die Designationsbefugniß des Promissars ist sogar, rein wirthschaftlich betrachtet, werthvoller als das Präsentationsrecht; denn er darf sich für die Aus-

[1]) Grotius, De jure belli ac pacis, II, Cap. 11, Nr. 18; Hasenöhrl, 1. Bd., § 33, Note 56; Siegel, Versprechen, S. 142 ff. („Schuldversprechen zu fremden Handen").

übung derselben zu Gunsten des Dritten vom Dritten bezahlen lassen. Damit ist einerseits das vielbestrittene Interesse des Promissars an dem Geschäfte charakterisirt, anderseits aber auch die Frage angeregt nach den Gründen, die den Promittenten bestimmen mögen, eine so wichtige Befugniß, die sich so leicht in bares Geld umsetzen läßt, gerade dem Promissar einzuräumen.

Die Frage löst sich von selbst, wenn man an dem Grundsatze festhält, daß der Vertrag zu Gunsten des Dritten eine causa haben müsse, die auch den Promissar angeht; insoferne dürfen wir also Zimmermann[2]) beistimmen, der nur darin irrt, daß er dieser causa als der causa der Verpflichtung nicht auch das der Verpflichtung entsprechende Recht des Dritten unterwerfen will.

Die causa nun, vermöge welcher der Promissar berufen wird, den Vertrag zu schließen, also die Person des Dritten wenigstens mitzubestimmen, muß nicht nothwendig darin liegen, daß der Vermögenserwerb des Dritten — wie Leonhard[3]) annimmt — auf Kosten des Promissars erfolgt. Mindestens müßte der Begriff der „Kosten" viel weiter gezogen werden, als dies Leonhard thut.[4]) Leonhard glaubt nämlich, daß von Verträgen zu Gunsten Dritter, welche sich von der gewöhnlichen Stellvertretung als besondere Art unterscheiden[5]), nur bei den „zweiseitig belastenden Verträgen, welche man gewöhnlich zweiseitige oder zweiseitig wirkende nennt", gesprochen werden könne, und führt mit Unrecht[6]) Gareis

---

[2]) Siehe oben § 2 vor Note 4.

[3]) Anfechtbarkeit, S. 28; Entwurf, S. 68 fg.; Windscheid, § 316 a. E. (dag. Rüdiger, Lebensversicherungsvertrag, S. 275, Note 2).

[4]) Vgl. (für das französische Recht) Laurent, S. 97 ff., welcher seine Lehre folgendermaßen präcisirt: „Chaque fois que nous verrons un homme s'imposer une charge quelconque, aliénation ou obligation, vis-à-vis d'un autre homme à la condition que ce dernier accomplira une prestation en faveur d' un tiers, il y aura un contrat dont on pourra poursuivre l'exécution de toutes les clauses devant les tribunaux."

[5]) Besondere Art — im Sinne der Leonhard'schen Stellvertretungstheorie, gegen welche die Ausführungen der §§ 2 und 3 gerichtet waren. Die Schrift Leonhard's bringt die Worte Demolombe's in Erinnerung: „La théorie de la gestion d'affaires se rattache en effect particulièrement à la théorie des stipulations pour autrui; et il existe même entre elles une sorte de combat, dans lequel cette dernière a déjà reçu de rudes échecs, et où il se pourrait bien, peut-être, qu'elle finît par succomber." (Demolombe, Des contrats, I. 236.)

[6]) Vgl. Gareis, S. 220 ff.

als Vorgänger für diese vollkommen neue Einschränkung des Umfanges der Verträge zu Gunsten Dritter an. Richtig ist nur, daß der Fall nicht leicht zu denken ist und in der Praxis gewiß nicht vorkommen kann, daß jemand Lust hat, z. B. 100 fl. zu verschenken, daß es ihm aber gleichgiltig ist, wer diese 100 fl. bekommen soll und daß er nun ohne jeden Grund den Ersten Besten einlädt, mit ihm vertragsmäßig die Person des Berechtigten zu bestimmen. Wo ein Schenkungsversprechen zu Gunsten eines Dritten angenommen wird, steht vielmehr regelmäßig die Person des Begünstigten von vornherein fest, und wird der Promissar, wenn er auch das Geschäft selbst angeregt und die Interessen des Dritten noch so lebhaft verfochten hat, doch nur als negotiorum gestor eben dieses bestimmten Dritten anzusehen sein. Umso gewisser muß dies dann gelten, wenn die Anregung vom Promittenten ausgegangen ist und der Promissar nur zur Perfection des Geschäftes mitwirkt. [7]) Hingegen kann der Grund, warum dem Promissar bei Verträgen zu Gunsten Dritter das Recht eingeräumt wird, nach eigenem Gutdünken oder unter gewissen Beschränkungen, entweder selbständig oder im Einvernehmen mit dem Promittenten die Person des Begünstigten zu bestimmen, liegen:

a) darin, daß der Promissar beim Abschlusse des Geschäftes eine Vorleistung (Hingabe obligandi causa) erbringt oder

b) sich zu einer Gegenleistung verpflichtet oder

c) eine alternative Verpflichtung eingeht.

Unter die erste Kategorie fallen das Darlehen, das Depositum [8]), zum Theil der Frachtvertrag ꝛc., wenn der Promissar die Vorleistung

---

[7]) Ebenso Zimmermann, S. 78, mit der Motivirung, daß der Promissar bei der Schenkung für den Dritten keine Zuwendung erhalte, während im Vertrage zu Gunsten eines Dritten der Vortheil eben dem Promissar und von diesem erst dem Dritten zugewendet werde. Die Möglichkeit eines schenkungsweisen Schulderlasses durch Vertrag zu Gunsten eines Dritten hat der österr. O. G. H. mit Entscheidung vom 14. August 1889, Z. 9273, Materienregister Nr. 174, Slg. Nr. 12.862, anerkannt. Ein Vater hatte seinem Sohne, der ihn sterbend darum bat, erklärt, daß er einem Dritten — dem Vater der Braut des Sohnes — eine Darlehensschuld von fl. 703 erlasse. Die erste Instanz hielt das Geschäft für giltig, indem sie annahm, der Vater habe seinem Sohne die Forderung abgetreten und der Sohn habe dieselbe letztwillig erlassen. Die zweite Instanz ließ das Geschäft nicht gelten, der Oberste Gerichtshof faßte dasselbe als giltigen Vertrag zu Gunsten des Dritten auf. Vgl. auch unten § 17, Note 11.

[8]) Anders Gareis, S. 216 ff., der S. 220 bemerkt, daß das deponere als im Interesse des Deponenten geschehend nicht den Sinn einer Leistung hat, der ein

im eigenen Namen erbringt[9]) und sich der Empfänger verpflichtet, den erhaltenen Gegenstand einer vom Promissar vorläufig (bis auf Widerruf) oder endgiltig bezeichneten Person auszufolgen, welche die Leistung im eigenen Namen entgegenzunehmen berufen ist. Eine ähnliche Erscheinung bietet die Zahlung der Schuld eines Dritten.

Unter die zweite Kategorie fallen die Lebensversicherung, der Kauf- und Verkauf zu Gunsten eines Dritten ꝛc.; dieser Kategorie entspricht im Bereiche der liberatorischen Verträge die Expromission.

Unter die dritte Kategorie endlich fällt die sogenannte noble Wette, wenn der Dritte aus derselben wirklich berechtigt sein soll, welche Absicht z. B. daraus erschlossen werden kann, daß die Contrahenten die sofortige Verständigung desselben beschließen.

Wir können somit die obligatorischen Verträge zu Gunsten Dritter eintheilen in restitutorische, synallagmatische und alternative; diesen stehen die liberatorischen Verträge als eine besondere aber nahe verwandte Gruppe gegenüber, während die dinglichen Verträge zu Gunsten Dritter außer Betracht bleiben können, so lange nicht mit Sicherheit nachgewiesen werden kann, daß in der Praxis Fälle vorkommen, für deren Construction der Stellvertretungsbegriff nicht ausreichen würde.[10])

Aequivalent anderseits entsprechen könnte oder sollte. Dies ist mehr vom wirthschaftlichen als vom juristischen Gesichtspunkte gesprochen. Dem deponere entspricht genau das reddere. Beide Acte sind, für sich betrachtet, keine wirthschaftlich werthvollen Leistungen. Eine solche ist nur das zwischen beiden liegende Aufbewahren, für welches denn auch nach Maßgabe der Zeit ein Lohn gefordert werden könnte. Daß hiedurch das Geschäft aufhören würde, ein depositum zu sein (anders übrigens nach österr. Recht), kommt nicht in Betracht. Gareis' eigene Construction (privative Modification der Richtung der Obligation) unterscheidet sich übrigens mehr dem Ausdrucke als der Sache nach von der hier vertretenen.

[9]) Daher auch die actiones contrariae gegen ihn, nicht gegen den Dritten gehen.

[10]) Bei der verkaufsweisen Bestellung eines Wegerechtes für den A gegenüber dem B, der sie bezahlt (Leonhard, S. 25), ist freilich der Kaufvertrag ein Vertrag zu Gunsten des B; warum aber auch der dingliche Servitutsbestellungsvertrag von B zu Gunsten und nicht einfach in Vertretung des A abgeschlossen sein soll, ist auch von Leonhard's Standpunkt aus unerfindlich. Die Kosten haben ja mit dem dinglichen Vertrage nichts zu schaffen. Der von Gareis, S. 32, Note 1, und S. 200 angeführte einzige Beleg (Seuff. Arch., XXIV, Nr. 216, 217) gehört nicht hieher, was auch Gareis selbst (S. 200, Note 1) zögernd anzuerkennen scheint. Dagegen hat allerdings Steinbach, Gerichtszeitung, 1877, S. 153 ff., auf Verträge aufmerksam gemacht, die sehr verbreitet sind, und auf Grund welcher in der österreichischen Praxis thatsächlich sogar bücherliche Eintragungen von dinglichen Rechten

Gewiß ist, daß der ohnehin schon ziemlich farblose Begriff der Verträge zu Gunsten Dritter an Inhalt nur verlieren kann, wenn sein Umfang in dieser Weise erweitert wird. Noch schlimmer wäre die Heranziehung ähnlicher Erscheinungen aus dem Familien-[11]) oder gar aus dem Staats- und Völkerrechte.[12])

§ 5. Begriffsmerkmale der Verträge zu Gunsten Dritter. Die beiden genera proxima.

Als Verträge zu Gunsten Dritter bezeichnet der herrschende Sprachgebrauch solche Verträge, welche gemäß der Absicht der Vertragsparteien für einen am Vertragsschlusse in keiner Weise betheiligten Dritten unmittelbar selbständige Rechte[1]) erzeugen.[2]) Zur Unterscheidung von verwandten Vertragskategorien dienen zwei Merkmale: ein positives und ein negatives, nämlich einerseits die Berechtigung des Dritten und anderseits dessen Nichtbetheiligung am Vertragsabschlusse. Durch das erstgenannte Merkmal heben sich die Verträge zu Gunsten Dritter als eine besondere Art von den übrigen Verträgen auf Leistung an einen (nicht direct klageberechtigten) Dritten ab. Durch das zweite, negative Merkmal unterscheiden sie sich von den zweigliedrigen Geschäften unter drei Contrahenten, d. i. eben von denjenigen Geschäften, die in ihrem Effecte mit den Verträgen zu Gunsten Dritter übereinkommen, in ihrer Begründung aber von ihnen sich nur

---

selbst für Ungeborene und Unerzeugte vorkommen. Es sind dies die bäuerlichen Gutsübergaben mit inter vivos festgesetzten fideicommissarischen Substitutionen zu Gunsten Dritter. Vgl. hiezu Randa, Eigenthum, 1. Bd., S. 218 fg. Ueber den Vorgang bei Sammlung von Beiträgen für Dritte vgl. Regelsberger in der Göttinger Festgabe für Jhering, S. 72.

[11]) Das römische Recht würde etwa in der fiducia bei den Mancipationen des Personenrechtes Analogien bieten.

[12]) Vgl. über „Staatsverträge zu Gunsten Dritter" Gareis, S. 291, und Bähr, Urtheile, S. 95; Entsch. des O. G. H. vom 12. Jänner 1886, Z. 15.116, Slg. 10.891.

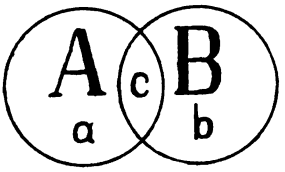
[1]) Unter der Bezeichnung „Recht" und selbst unter der Bezeichnung „Leistung" wird hier und in der Regel auch im Folgenden die Befreiung verstanden; das ist sehr unpassend. Aber eine genaue, consequent festgehaltene Ausdrucksweise würde allzu schwerfällig sein.

[2]) Cohen, Verträge zu Gunsten Dritter (Dissertation), S. 13; vgl. Unger, S. 61; Gareis, S. 32; Panofsky, Verträge zu Gunsten Dritter (Dissertation), S. 131; Rüdiger, Lebensversicherungsvertrag, S. 263 fg.; Molitor, S. 4; Tartufari, S. 307; Massa, I Contratti in favore o a carico dei terzi (Bologna 1893, Separatabdruck aus dem Archivio Giuridico, 50. Bd.), S. 6.

dadurch unterscheiden, daß der dritte Berechtigte am Vertragsschlusse theilnimmt, also selbst Contrahent ist.

Danach fallen die Verträge zu Gunsten Dritter, je nachdem man von dem einen oder andern dieser Merkmale abstrahirt, unter zwei Gattungsbegriffe, die den Verträgen zu Gunsten Dritter beide so nahe stehen, daß man sogar den Namen der Verträge zu Gunsten Dritter für jeden von ihnen in Anspruch genommen hat.

Das logische Schema ist folgendes:



Der Kreis A umfaßt alle Verträge zweier Contrahenten auf Leistung an einen Dritten (Nichtcontrahenten).[3]) Wesentlich ist, daß der Dritte am Vertragsschlusse nicht theilnimmt, gleichgiltig, ob er aus dem Vertrage ein eigenes Recht erlangt. Der Eintheilungsgrund ist formal, er betrifft nur den Abschluß des Vertrages.

Der Kreis B schließt alle „zweigliedrigen Verträge"[4]) ein, bei denen einer Partei als Gegenpartei zwei Personen gegenüberstehen, die die gegnerische Parteirolle unter sich nach Befugnissen und Lasten (nicht nach Quoten) getheilt haben. Die radicalste und häufigste Art, die Parteirolle zu zerlegen, ist die, daß einer Person (entsprechend dem Promissar bei den Verträgen zu Gunsten Dritter) alle Verpflichtungen[5]), der anderen alle correspondirenden Berechtigungen zufallen. Wesentlich ist die eigene, selbstständige Berechtigung dieser Person (des „Begünstigten"), gleichgiltig, ob

---

[3]) Windscheid, Pand., § 316; Stobbe, Deutsches Privatrecht, § 172; Regelsberger, Prakt. Archiv, 67. Bd., S. 3 fg.

[4]) Der Ausdruck stammt von Zimmermann, S. 85; vgl. Dernburg, Pand., 2. Bd., § 18, Note 2 („zweischichtige" Geschäfte?); Leonhard, Anfechtbarkeit, S. 27. Dieser Ausdruck ist jedoch nur vom Standpunkte der Zimmermann'schen Theorie passend, welche sich bei diesen Geschäften zwei Vermögenszuwendungen aneinandergegliedert, zwei Causen vereinigt denkt. In Wahrheit liegt nur ein Geschäft mit einer einzigen causa vor, und blos eine subjective Beziehung (eine Parteirolle) ist gespalten. Siehe unten § 18.

[5]) Die „Kosten" des Rechtes des Dritten im Sinne Leonhard's, Anfechtbarkeit, S. 28.

sie am Vertrage theilnimmt oder nicht. Der Eintheilungsgrund ist materiell, er betrifft die Wirkungen des Vertrages.

Die gemeinsame Linse c enthält also Verträge, aus welchen ein Dritter, ohne am Vertragsschlusse theilzunehmen (= A), ein eigenes, selbständiges Recht (= B) erlangt; das sind die Verträge zu Gunsten Dritter im Sinne der herrschenden Lehre.

Den Rest a des ersten Kreises bilden dagegen diejenigen Verträge auf Leistung an einen Dritten, aus welchen der Dritte unmittelbar kein Recht erlangt. Wir wollen sagen: „Verträge auf Leistungen an einen Dritten im engeren Sinne."

Den Rest b des zweiten Kreises füllen diejenigen zweigliedrigen Verträge aus, bei denen der Begünstigte wie an den Wirkungen so auch am Abschlusse des Vertrages theilnimmt. Also Verträge mit drei Contrahenten. Wir wollen sagen: „zweigliedrige", oder besser: „gespaltene Verträge im engeren Sinne".

Die eigenthümliche Mittelstellung der Verträge zu Gunsten Dritter (c) regt den Zweifel an, ob wir es hier überhaupt mit einem juristisch werthvollen Begriffe zu thun haben. Sind doch seine Merkmale theils in dem einen, theils in dem andern der beiden richtigen und wichtigen Gattungsbegriffe A und B enthalten. Ob sich aber aus der Vereinigung dieser disparaten Merkmale irgend welche neue und fruchtbare Beziehungen ergeben, das ist die Frage.[6])

Es fehlt nicht an Schriftstellern, die diese Frage verneint und damit die Existenzberechtigung des Begriffes der Verträge zu Gunsten Dritter im Sinne der herrschenden Lehre geleugnet haben. Sie sind hierin so weit gegangen, daß sie den nach Eliminirung dieses Begriffes frei gewordenen Namen, wie bereits angedeutet wurde, bald dem Begriffe A, bald dem Begriffe B beigelegt haben, je nachdem sie dort oder hier die wesentlicheren Merkmale des ausgemerzten Begriffes zu entdecken glaubten.

Knaus[7]) meint, die übliche Definition sei zu eng, wenn sie als Erforderniß aufnehme die Absicht der Contrahenten, dem Dritten durch den Vertrag unmittelbar ein eigenes, selbständiges Recht zu verschaffen. Jeder Vertrag, durch den sich ein Contrahent dem anderen zur

---

[6]) Hierüber unten § 17.

[7]) Verträge zu Gunsten Dritter, S. 6.

Leistung an einen Dritten verbindlich mache, sei als Vertrag zu Gunsten des Dritten zu bezeichnen. [8])

Dagegen legt Leonhard nur auf das andere (materiale) Merkmal Gewicht. Er will die Verträge zu Gunsten anwesender und zustimmender Dritter ebenso behandelt wissen wie die Verträge zu Gunsten des Vermögens abwesender Dritter. [9]) Wesentlich ist ihm nur jene „eigenthümliche Zerspaltung der zweiseitigen Geschäfte unter drei Personen“ [10]), vermöge welcher ein Contrahent die Kosten des Rechtserwerbes für das Vermögen eines Dritten trägt. [11])

So viel ist jedenfalls zuzugeben, daß die umfangreichen juristischen Erörterungen, zu welchen die Verträge zu Gunsten Dritter Anlaß gegeben haben, nicht in dem richtigen Zusammenhange vorgetragen zu werden pflegen. Wir werden sehen, daß jene Fragen, welche gemeinhin in der Lehre von den Verträgen zu Gnnsten Dritter behandelt zu werden pflegen, in drei Gruppen zerfallen:

1. Fragen, welche die Verträge über Leistungen an Dritte (A) betreffen (z. B. die Frage nach der Nothwendigkeit eines Interesses auf Seiten des Promissars, nach der Bedeutung des Beitrittes ꝛc.).

2. Fragen, welche die zweigliedrigen Verträge betreffen (z. B. die Frage der exceptio non adimpleti contractus, der Anfechtbarkeit seitens der Gläubiger ꝛc.), endlich

3. Fragen, welche nur die eigentlichen Verträge zu Gunsten Dritter betreffen (z. B. die Frage nach der Zulässigkeit und Wirksamkeit einer Stipulation zu Gunsten einer persona incerta u. dgl.).

In diese dritte Gruppe gehören nur diejenigen Fragen, welche — wenn noch einmal auf unser Schema verwiesen werden darf — für die Monde a und b entweder keinen Sinn oder keine Schwierigkeit haben, insoferne nämlich entweder die Möglichkeit der Frage oder die ratio

---

[8]) Eine ähnliche „Indifferenzirung“ bei Keller, Pand., § 230. Vgl. dagegen Windscheid, § 316, Note 3a und Hasenöhrl, 1. Bd., S. 453, Note 21.

[9]) Anfechtbarkeit, S. 24.

[10]) S. 49.

[11]) S. 30. Leonhard betrachtet übrigens bei den Verträgen zu Gunsten des Vermögens eines abwesenden Dritten den Promissar zugleich als stellvertretenden negotiorum gestor des Dritten, so daß die Giltigkeit des Geschäftes von der Ratihabition abhängen würde. Daher denn bei ihm unsere Kreise A und B auseinandertreten und jene gemeinsame Linse, in welche die Verträge zu Gunsten Dritter im Sinne der herrschenden Lehre fallen, völlig verschwindet.

dubitandi gerade aus dem Zusammentreffen der disparaten Gattungsmerkmale in der Linie c entspringt.

§ 6. Die Verträge zu Gunsten Dritter als Art der Verträge auf Leistung an einen Dritten.

Vor allem bedarf der Umfang des Gattungsbegriffes der Verträge auf Leistung an einen Dritten der scharfen Abgrenzung, wenn die zum Theil identische Grenze des den Verträgen zu Gunsten Dritter zugewiesenen Gebietstheiles sichergestellt werden soll.

Jenseits der Grenze müssen zunächst diejenigen Verträge verbleiben, welche den Dritten nicht rechtlich als Person, sondern nur factisch an der Leistung theilnehmen lassen, indem sich an ihm die Leistung wie an einer Sache vollziehen soll. Ob z. B. ein Bauer den Arzt zur Behandlung seines Kindes oder seines Viehes verpflichtet, macht juristisch nicht den geringsten Unterschied; nur daß freilich jene passive Mitwirkung bei der Leistung Menschen gegenüber nicht immer physisch erzwungen werden kann. [1])

Sodann scheiden selbstverständlich die Fälle der bloßen Reflexwirkung und namentlich auch die zu denselben gehörigen oder doch verwandten Fälle aus, wo die Leistung an den Dritten nicht der eigentliche Gegenstand des Vertrages, sondern nur ein Mittel ist, um die wirkliche Erfüllung (d. i. die dem Promissar geschuldete Leistung) herbeizuführen. [2])

Somit umfaßt der Begriff der Verträge auf Leistung an einen Dritten nur jene Verträge, bei denen der Dritte berufen ist, die ge-

---

[1]) Annahmeverweigerung seitens des Dritten kann in diesen Fällen Unmöglichkeit der Leistung, aber nicht mora accipiendi begründen; bei wirklichen Verträgen auf Leistung an einen Dritten begründet sie dagegen mora accipiendi, aber nicht Unmöglichkeit der Leistung. A. M. Erdmann, Privatrecht der Ostseeprovinzen, 4. Bd., S. 140, Note 7.

[2]) So bei der Erfüllungsübernahme, bei welcher die geschuldete Leistung eben nur im „Klag- und Schadloshalten" besteht. Ebenso auch bei der Haftpflichtversicherung, vgl. Entsch. des R. G. III, Nr. 13, S. 26. Der im Falle R. O H. G., XXIII, Nr. 55, S. 158, behandelte Vertrag, welchen Regelsberger, Hdb. 2. Bd., S. 476, mit Unrecht als Beispiel eines Vertrages anführt, bei welchem ein nichtberechtigter Destinatär vorkommt, gehört gar nicht hieher. Denn der bezügliche Versicherungsvertrag ist nach der Auffassung des Reichsgerichtes überhaupt nicht auf Leistung an einen Dritten gerichtet, hier ist der Arbeitgeber selbst Destinatär und nur die Erfüllung des Vertrages (Zahlung der Versicherungssumme) wird als wahrer Vertrag zu Gunsten eines Dritten construirt. Siehe hierüber § 2, Note 20.

ſchuldete Leiſtung im juriſtiſchen Sinne anzunehmen. Nur bei dieſen kann der Dritte die Waare empfangen im Sinne des Art. 346 H. G. B. und Mängel anzeigen (Art. 347); nur bei dieſen hat er im Falle der Beanſtändung für die einſtweilige Aufbewahrung zu ſorgen (Art. 348) und kann den Zuſtand der Waare durch Sachverſtändige feſtſtellen laſſen; ſeine Weigerung, die Leiſtung anzunehmen, erſcheint als mora accipiendi; über die erhaltene Zahlung ſtellt er die Quittung aus ꝛc.

Der Dritte kann nun die Leiſtung in zweifacher Weiſe entgegennehmen: entweder im eigenen Namen oder im Namen des Promiſſars, alſo entweder als Gläubiger oder als Vertreter des Gläubigers. Tertium non datur.

Empfängt er im eigenen Namen, ſo iſt er der Gläubiger, er kann alſo die Leiſtung auch im eigenen Namen einklagen oder erlaſſen; empfängt er im Namen des Promiſſars, ſo liegt der oben (§ 2, II) behandelte Fall der Stellvertretung bei der Erfüllung (Eincaſſirungsmandat) vor. [3]) Der Gedanke, daß durch Vertrag ein Dritter berufen werden könnte, die Leiſtung im eigenen Namen entgegenzunehmen, während doch der Promiſſar der Gläubiger wäre, iſt ungemein künſtlich, beinahe monſtrös. [4])

Die Frage, die Martinius zu § 412 Entw. aufwirft, wie es denn mit dem Vertrage über Leiſtung an einen Dritten zu halten ſei, wenn ſeine unmittelbare Berechtigung nicht gewollt ſei [5]), iſt gewiß berechtigt. Aber darauf gibt es nur eine klare, alle Zweifel ausſchließende Antwort: der Dritte iſt als Stellvertreter des Promiſſars bei der Er-

---

[3]) Es iſt unrichtig, an Stelle dieſes Gegenſatzes die Unterſcheidung zu ſetzen, ob er der Dritte nur in solutione, oder auch in obligatione ſei (Zimmermann, S. 51). Dies würde nur ausdrücken, daß in gewiſſen Fällen der Promiſſar blos (facultativ) berechtigt, in andern aber (obligatoriſch) verpflichtet ſei, den Vertrag durch Leiſtung an den Dritten zu erfüllen.

[4]) Vorausgeſetzt, daß man dabei nicht etwa gerade die eingangs erwähnten, nicht hieher gehörigen Fälle im Auge hat, bei denen entweder die Annahme der Leiſtung nicht Annahme (als Rechtsgeſchäft) oder die Leiſtung nicht Leiſtung (als Gegenſtand des Vertrages) iſt. Daß in vielen Fällen (z. B. l. 38, § 21 D. de V. O. 45, 1) die Perſon des Leiſtungsempfängers mit Rückſicht auf die Natur der Leiſtung unvertretbar iſt, der Promiſſar alſo gar nicht Leiſtung an ſich ſelbſt fordern kann, darf nicht irre machen. Der Satz potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum läßt ſich eben nicht umkehren. Nicht jeder, der durch einen Advocaten Proceß führt, kann dies auch perſönlich thun. Deſſenungeachtet iſt der Advocat Stellvertreter.

[5]) Gutachten aus dem Anwaltſtande, S. 591.

füllung zu behandeln. [6]) Daraus folgt, daß der Promissar jederzeit contremandiren kann [7]), daß die Befugniß des Dritten nach gemeinem Rechte mit dem Tode des Promissars erlischt [8]), daß nur der Promissar selbst klageberechtigt ist [9]) und daß der Dritte auch nicht durch irgend eine Beitrittshandlung oder selbst durch eine novirende Vereinbarung mit dem Promittenten das Klagerecht erlangen kann. [10])

Wird diese Antwort abgelehnt, so verlieren wir den Boden unter den Füßen. Es ist unmöglich, irgend eine der aufgeworfenen Detailfragen zu beantworten, wenn man auf der einen Seite den Promissar als alleinigen Gläubiger hinstellt, auf der andern aber auch den Dritten im eigenen Namen handelnd an einer Stelle erscheinen läßt, wo eben nur der Gläubiger oder dessen Stellvertreter hinpaßt.

So grundverschieden nun auch dem Juristen der Vertrag auf Leistung an einen Vertreter des Gläubigers von dem Vertrage auf Leistung an einen zum Gläubiger gemachten Dritten, d. i. eben vom eigentlichen Vertrage zu Gunsten des Dritten erscheinen mag, so täuschend ähnlich pflegen derartige Verträge im Rechtsverkehre aufzutreten, und darin liegt eine gewisse Rechtfertigung für die Aufstellung des gemeinsamen Gattungsbegriffes der Verträge auf Leistung an einen Dritten.

Das Kriterium, von welchem die Frage der Klagslegitimation abhängt, kann selbstverständlich nicht eben dadurch gefunden werden, daß

---

[6]) Im Sinne der Regel: quod jussu alterius solvitur pro eo est, quasi ipsi solutum esset. Siehe oben § 2, II. Also nur Stellvertretung gegenüber dem Dritten und nur in Beziehung auf die Vertragserfüllung ist anzunehmen. Das interne Rechtsverhältniß zwischen dem Promissar und dem Dritten kann in sehr verschiedener Art geordnet sein. Für dieses kann sogar möglicher Weise der Promittent als Vertreter des Promissars bei der Erfüllung des (internen) Vertrages in Betracht kommen im Sinne der l. 56 D. de sol. 46, 3. Auch verschlägt es nichts, wenn durch die Leistung vertragsmäßig der Dritte Eigenthümer des Leistungsobjectes werden soll. Alsdann ist der Dritte gegenüber dem Promittenten Stellvertreter bei der solutio, während er bei der traditio im eigenen Namen mitwirkt. Vgl. Zimmermann, S. 277 fg.

[7]) l. 12, § 2, l. 34, § 3, l. 106 D. de sol. 46, 3; Windscheid, § 342, Z. 5.

[8]) l. 32 D. eod. und sonst.

[9]) Der Dritte kann natürlich auch zur Klageführung im Namen des Promissars speciell oder allgemein ermächtigt sein. So in den häufigen Fällen des Vertrages auf Leistung an den Procurator. In gerichtlichen Vergleichen pflegt die Zahlung zu Handen des Rechtsfreundes des Klägers bedungen zu werden. Niemand wird daran zweifeln, daß hier lediglich ein Stellvertretungsverhältniß vorliegt.

[10]) l. 21 D. de novat. 46, 2; Danz, S. 124.

untersucht wird, ob der Dritte vertragsgemäß die Leistung im eigenen Namen oder im Namen des Promissars erhalten solle; denn diese Frage ist Gegenstand der juristischen Construction und sie deckt sich genau mit der zu lösenden Frage der Klageberechtigung oder der allgemeineren, wer Gläubiger sein solle.

Auch die Untersuchung, ob der Promissar im Vertrage irgend welche Opfer bringen muß, ob er die „Kosten" des Rechtserwerbes trägt, fördert die Lösung unserer Frage um keinen Schritt. Denn hiervon hängt nur die Abgrenzung des Gebietes der Verträge auf Leistungen an Dritte nach außen, nämlich gegenüber denjenigen Verträgen ab, bei welchen der Dritte kein Dritter, sondern Contrahent, der Promissar aber kein Contrahent, sondern Vertreter des Dritten (insbesondere negotiorum gestor) ist.[11]) Steht einmal fest, daß der Promissar nicht Vertreter des Dritten sei, so kann immerhin noch der Dritte Vertreter des Promissars sein.

Endlich hilft uns auch das logische Schema im § 5 nicht weiter. Denn ob ein eingliederiges oder ein zweigliederiges Geschäft vorliege, hängt begriffsmäßig davon ab, ob der Dritte als Gläubiger anzusehen ist. Vertritt er blos den Promissar, so fallen die beiden Glieder in eines zusammen.

Es bleibt nichts übrig, als im Sinne der herrschenden Lehre[12]) auf die Vertragsauslegung zu verweisen. Ob der Promissar oder der Dritte oder — was gewiß selten vorkommen wird — beide Gläubiger werden sollen, das hängt, soweit die Giltigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter angenommen wird, lediglich von dem Willen der Contrahenten ab.

Otto Bähr[13]) wendet ein, der mit der ausgedrückten Absicht des Rechtserwerbers für den Dritten abgeschlossene Vertrag sei ein in Stellvertretung des Dritten abgeschlossener Vertrag. Für die Verträge zu Gunsten eines Dritten sei gerade der Umstand charakteristisch, daß der Dritte eine Klage erhalte, obgleich die Absicht, ihm ein Recht zu erwerben, nicht obgewaltet habe, mindestens nicht zum Ausdrucke gekommen sei.[14])

---

[11]) Oben § 2, I.

[12]) Entwurf I, § 412, II, § 280. Schweiz. Obl. Recht, Art. 128. Sächs. b. G. B., § 853. Regelsberger, Prakt. Archiv, 67. Bd., S. 4 ff. Gareis, S. 211. Moltzer, S. 63. Tartufari, S. 307. Panofsky, S. 131 fg. Cohen, S. 12 fg.; Dernburg, Pandekten, 2. Bd., § 18, Note 7.

[13]) Urtheile, S. 84 fg., 93; Archiv, S. 162 ff. Aehnlich Martinius, Gutachten, S. 591.

[14]) Archiv, S. 163.

Gegenüber dieser Einwendung genügt es, auf die früheren Erörterungen (§§ 2 und 3) zu verweisen; sie setzt jedenfalls einen der herrschenden Lehre fremden Stellvertretungsbegriff voraus. [15])

Wenn ferner Bähr meint, daß Verträge schwerlich zu finden seien, in denen die Absicht oder Nichtabsicht der Contrahenten, für den Dritten ein Recht zu erwerben, ausgesprochen wäre, so ist dies gewiß irrthümlich. In Verträgen, welche von Rechtsverständigen errichtet werden, insbesondere in den von Anstalten festgestellten ausführlichen Vertragsbedingungen (Reglements, Versicherungsbedingungen u. dgl.) wird gar häufig über die für den Dritten daraus erwachsenden processualen Rechte „philosophirt". [16])

Zuzugeben ist, daß in sehr vielen Fällen eine ausdrückliche Erklärung in Betreff der Berechtigung des Dritten im Vertrage nicht enthalten sein wird. Dann sind die allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung anzuwenden.

Vor allen Dingen werden zumeist besondere Umstände den Vertragsschluß begleiten, welche über die Absicht der Contrahenten Aufschluß geben. Entweder die Contrahenten haben bestimmt oder vorausgesetzt, daß der Dritte von dem Inhalte des Vertrages schon vor dessen Erfüllung Kenntniß erlangen könne oder nicht. Im ersteren Falle wird in der Regel ein Vertrag zu Gunsten des Dritten vorliegen, im zweiten nicht. In dem von Bähr [17]) angeführten Beispiele eines Gutsansatzvertrages fehlen also nicht alle „Umstände". Der Vertrag muß ja intabulirt werden. Das ist ein

[15]) Stellvertretung für ungewisse oder gar nicht existirende Personen? Stellvertretende negotiorum gestio ohne Bedürfniß der Ratihabition?

[16]) Man vgl. z. B. die bei Regelsberger, Archiv, S. 16 fg. citirte, im Wesentlichen bei allen Lebensversicherungsverträgen vorkommende Bestimmung, in welcher sowohl die Absicht (nach dem Fälligkeitstermine) als auch die Nichtabsicht (vor dem Fälligkeitstermine) zu dem Begünstigten in ein Contractsverhältniß zu treten, ausdrücklich ausgesprochen ist; nach Bähr hätte es genügt, zu bestimmen was der Dritte zu bekommen hat, und wäre alles weitere „Philosophie". Die Entsch. R. O. H. G. XXIII, Nr. 55, S. 158 (oben § 2, Note 20) zeigt, wie viel in derartigen Fällen abhängt von der ausgesprochenen Absicht, welcher gegenüber die Zulassung der Bähr'schen actio utilis geradezu als Vergewaltigung erscheinen würde. Anders freilich die Motivirung der Entsch. R. G. XXIX, S. 324 und 348 fg., welche zwischen Hauptgeschäft (Versicherung) und Grundgeschäft (Schenkung?) nicht gehörig unterscheidet. Nur auf letzteres kam es in dem entschiedenen Rechtsfalle an. Vgl. unten § 32.

[17]) Archiv, S. 164.

sehr wichtiger Umstand.[18]) Liegen Beweisurkunden vor, so kann auch im Vertrage bestimmt sein, wer dieselben zu bekommen habe, ob der Promissar oder der Dritte. (Frachtbrief!) In der vertragsmäßigen Bestimmung der Klagsbehelfe für den Dritten liegt doch wohl ein sehr deutlicher Ausdruck der Absicht des Contrahenten.

Liegen aber wirklich keine concludenten Umstände vor, dann wird man sich für die dem Zwecke der Contrahenten mehr entsprechende Lösung der Frage entscheiden nach dem Satze: commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit.[19]) Man wird also in der Regel dem Promissar das Klagerecht zusprechen; wo aber der Dritte den Promittenten leichter und sicherer zur Vertragserfüllung verhalten kann als der Promissar[20]), wird man annehmen dürfen, daß die Berechtigung des Dritten gewollt sei.

Endlich wird in vielen Fällen die Verkehrssitte, in einigen auch dispositives Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht die Entscheidung an die Hand geben.[21])

§ 7. Die Widerruflichkeit. — Stand der Frage.

Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. Wenn daher die Auflösung eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten durch contrarius consensus in Frage kommt, so scheint es natürlich, den Consens zwischen den Contrahenten für erforderlich und ausreichend zu halten, den Dritten aber ebensowenig der Aufhebung wie der Begründung des Vertrages beizuziehen.

Läßt man anderseits aus dem Abschlusse des Vertrages sofort ein Recht des Dritten hervorgehen, so erscheint der mutuus dissensus in

[18]) Siehe unten § 13. Uebrigens kann sich ein gewöhnlicher eingliedriger Vertrag nachträglich in einen Vertrag zu Gunsten des Dritten verwandeln, wenn sich die Contrahenten erst nach Abschluß des Vertrages (z. B. einer „noblen Wette") entschließen, den Dritten zu verständigen.

[19]) l. 80 D de V. O. 45, 1.

[20]) Dieser Gedanke ist zweifellos beim Frachtvertrage (wegen der Entfernung) und beim Lebensversicherungsvertrage (wegen des Ablebens des Promissars) maßgebend gewesen. Abgesehen von derartigen Fällen liegt kein Grund vor, im Zweifel für das Klagerecht des Dritten, also (s. unten § 22) gegen das Klagerecht des Promissars zu entscheiden; a. M. Seuffert, Allg. Grundsätze des Obligationenrechts im Entwurfe, S. 70 fg.; Gierke, Entw., S. 221 u. A.

[21]) § 1019 a. b. G. B.; Allg. Landrecht, I, 11, § 463; § 41 preuß. Ges. vom 5. Mai 1872; Art. 105 H. G. B.; vgl. Entwurf, II, §§ 281 u. 282.

Wahrheit als ein Vertrag zu Lasten des Dritten und kann daher nicht für zulässig erachtet werden.

Dieser Widerspruch hat eine so bedeutende Zersplitterung der Meinungen herbeigeführt, daß zwischen zwei schroff entgegengestellten Extremen fast alle Schattirungen eines continuirlichen Ueberganges sich auffinden lassen.

Als Extreme erscheinen auf der einen Seite die Meinung Unger's, auf der andern die Meinung Bähr's.

Unger[1]) lehrt oder lehrte (im Jahre 1869): „Der Dritte erwirbt — den ihm zugedachten Vortheil unmittelbar, sofort und unwiderruflich: in diesem Satze ist die ganze Theorie der pacta in favorem tertii beschlossen." [2])

Nach Bähr dagegen kann das (abgeleitete) Recht des Dritten nur durch Cession oder Zahlungsversprechen[3]) und nur in gewissen besonderen Fällen auch durch den Tod des Promissars[4]) unwiderruflich werden.

Der Ansicht Bähr's stehen am nächsten diejenigen Autoren, welche, indem sie die Verträge zu Gunsten Dritter als Fälle der negotiorum gestio auffassen, Ratihabition des Dritten fordern, vorher aber dem Gestor den Rücktritt gestatten[5]), dann überhaupt diejenigen, die das Recht des

[1]) Die Verträge zu Gunsten Dritter, S. 68.

[2]) Vgl. dagegen insbesondere Tartufari, S. 212 fg. Ein Vorgänger Unger's ist in der Frage der Unwiderruflichkeit Böhmer, Exercitationes ad Pandectas, exerc. 28 ad l. 2, 14, cap. 1, §§ 5 u. 6 (Buchka, S. 169 ff.; Gareis, S. 79 ff.; Molzer, S. 252 ff.; Tartufari, S. 180 ff.).

[3]) Urtheile, S. 85 fg.

[4]) Pr. Archiv, S. 171.

[5]) Savigny, Obl. R., 2. Bd., S. 82. Ebenso die französische Doctrin. Die jetzt herrschende Ansicht Unger's (S. 71) und Zimmermann's (S. 277) über die Gebundenheit des negotiorum gestor stützt sich auf l. 24, § 1 D. rat. rem hab. 46, 8, welche aber nur den Gedanken, als ob die Erlangung der bonorum possesio von der Fortdauer des Willens des Petenten abhängen könnte, als mit der Unwiderruflichkeit der petitio unvereinbar hinstellt. Die Stelle zieht hieraus nur die Consequenz, daß es bei der Ratihabition nicht auf die interne Fortdauer des Willens des Petenten ankomme und daß daher auch dessen in der Zwischenzeit eingetretener Tod oder Wahnsinn nicht schade. Die Möglichkeit eines Widerrufes ist ja nach der Sachlage ohnehin ausgeschlossen. Auch Hugo Grotius gestattet den Widerruf vor erfolgter Ratihabition, wenngleich er denselben für einen Vertrauensbruch erklärt. Dies verkennt Gareis (S. 70 fg.), welcher infolge dieses Mißverständnisses Grotius zum Urheber einer „Theorie der echten, obligatorischen Collectivofferte" macht. Die Meinung Grotius' erhellt — abgesehen von dem Wortlaute der Stelle (de jure nat. II, 11, § 18: faciat contra fidem, non contra jus alicujus), welcher aus § 3 ibid. (über das sittliche debitum constantiae sive fidelitatis, welches

Dritten erst durch dessen Annahme, Beitritt oder „Aneignung" entstehen lassen. [6])

Der Ansicht Unger's nähert sich die jetzt herrschende Gruppe von nahe verwandten, in einander verschwimmenden Ansichten. Ihnen allen gemein ist die Ueberspannung des Willensdogmas: der Vertrag soll widerruflich sein, wenn dies die Contrahenten wollen, oder unwiderruflich, wenn das den Contrahenten lieber ist. Das Recht des Dritten soll sofort oder später entstehen, es soll als ein zunächst widerrufliches [7]) oder als ein sofort unwiderrufliches hervortreten, alles nach Belieben der Contrahenten. Dagegen gehen die Meinungen auseinander für den Fall, daß eine Willenserklärung der Parteien über die Frage der Widerruflichkeit nicht vorliegt.

Hier gibt es wieder eine dem Standpunkte Unger's zunächst kommende Meinung, welche im Zweifel Unwiderruflichkeit annimmt [8]), und

---

jus proprium alteri non dat) volle Beleuchtung empfängt — auch aus dem die zweigliedrigen Geschäfte betreffenden § 19, welchen Gareis, S. 75, Note 1, ebenfalls unrichtig auffaßt. Panofsky (S. 46) folgt in der Auslegung des Grotius dem Vorgange Gareis'. Ein seltsamer Zufall ist es, daß Panofsky die Grotius-Stelle, die er doch wohl im Originale gelesen hat oder haben soll, ganz wie (in Folge eines Druckfehlers) Gareis aus lib. II, cap. IX (statt XI) Nr. 18, citirt, wo er sie unmöglich gefunden haben kann. Die richtige Auslegung wird (gegen Gareis) von Moltzer, S. 233 ff. und Tartufari, S. 172 ff. ausführlich vertheidigt; sie findet sich jedoch schon bei Siegel (S. 159) und bei den älteren Schriftstellern (Barbeyrac, Pufendorf).

[6]) So Weber, Natürliche Verbindlichkeit, S. 378 der 4. Aufl.; Beseler, Erbverträge, 2. Bd., S. 76 fg. und Privatrecht, § 102; Wächter, Pandekten, § 190; Lewis, Versicherungsrecht, S. 131 fg. u. A. Vgl. Preuß. A. L. R., I, 5, § 76; Sächs. b. Gesetzb., § 855; Schweiz. Obl. Recht, Art. 128.

[7]) Auf die Möglichkeit widerruflichen Rechtserwerbes für den Begünstigten legen Regelsberger (H. R., S. 478; Arch., S. 14) und Kohler (Dogm. Jahrb. 17. Bd., S. 318) großes Gewicht. Es wäre vielleicht besser, derartige widerrufliche Rechte als bloße Hoffnungen zu construiren. Andernfalls könnten dieselben zu Objecten des Rechtsverkehres und der Execution, zu Bestandtheilen des Nachlasses und der Concursmasse des Dritten gemacht werden, es würde die Gebührenpflicht existent ꝛc., was Alles bedenklich und jedenfalls zwecklos erscheinen dürfte. Anderseits hindert nichts, auch bloßen Hoffnungen oder künftigen eventuellen Rechten (als solchen) mannigfache Bedeutung beizumessen, so daß zuletzt das Ganze auf eine wenig erhebliche Constructionsfrage hinausläuft. Vgl. Gareis, S. 147; Cohen, S. 54; Danz, S. 130; Martinius, S. 592; Rüdiger, Assecuranzjahrbuch 1894, S. 100, Note 1; Entw., I, § 414, II, § 280; Motive, 2. Bd., S. 271.

[8]) Gareis, S. 245; Entw. I. Lesung, § 414; Motive, a. a. O.

auf dem entgegengesetzten Flügel eine Meinung, welche im Zweifel den Widerruf zuläßt.[9]) Dazwischen tritt als vermittelnde Meinung die Lehre Siegel's[10]), daß bei Verträgen, deren hauptsächlichster Zweck und Inhalt die Begünstigung des Dritten sei, Unwiderruflichkeit, bei Verträgen dagegen, bei denen das Versprechen zu Gunsten des Dritten nur im Gefolge anderweitiger Verabredungen erscheint, Widerruflichkeit als gewollt zu vermuthen sei. Endlich liegt auch die Ansicht Regelsberger's[11]), welche als die einfachste den meisten Beifall gefunden hat, in der Mitte zwischen allen Extremen. Diese Meinung verzichtet auf jede Vermuthung, indem sie auf die Untersuchung der Natur des einzelnen Geschäftes und die besondere Feststellung der Wirkung desselben in jedem einzelnen Falle verweist. Der Autorität Regelsberger's folgt wie Windscheid[12]) so der revidirte Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches.[13])

Regelsberger[14]) beruft sich auf die „allgemeine Rechtsregel", „daß die Parteien Inhalt und Wirkung ihres Rechtsgeschäftes durch Vereinbarung bestimmen, sofern nicht gebietende Rechtsnormen beschränkend oder erweiternd eingreifen". Aber diese Regel, die Grundlage des modernen Vertragsrechtes, kann nicht zugleich ihre eigene Voraussetzung, die Gebundenheit ans Wort, beherrschen; alle nach positivem Rechte widerruflichen Willenserklärungen bleiben in der Regel widerruflich, auch wenn die Unwiderruflichkeit ursprünglich gewollt und erklärt wurde.[15]) Im Vertrage bindet ein Contrahent den andern, nicht jeder sich selbst. Darum widerstreitet dem typischen Charakter des Vertrages das einseitige Widerrufsrecht; aber ebendarum entspricht ihm die Möglichkeit der Befreiung des einen Contrahenten durch den andern. Wird eine derogatorische Clausel dem Contracte ausdrücklich

---

[9]) Tartufari, S. 346 ff.

[10]) Versprechen, S. 156 ff. Ihm folgt Karlowa, Rechtsgeschäft, S. 72 fg.; Danz (S. 133 fg.) will das zwischen dem Promissar und dem Dritten bestehende Grundgeschäft, das den Promittenten nichts angeht, entscheiden lassen.

[11]) Handelsrecht, S. 478; Archiv, S. 11 ff.

[12]) § 316a, Z. 3; ebenso Dernburg, Pandekten, 2. Bd., S. 55, und Hasenöhrl, 1. Bd., S. 479.

[13]) II, § 280. Vgl. hiezu unten § 32, Note 5.

[14]) Archiv, S. 6.

[15]) l. 22 pr. D. de leg. III° 32: „Nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priore (voluntate) ei recedere non liceat"; l. 7. § 8, D. de don. i. v. e. u. 24, 1: „Venditor sive donator non sibi vult legem imponi nec potest, sed ei, qui accepit"; l. 51 D. de rec. qui arb. 4, 8: „neque autem imperare sibi, neque se prohibere quisquam potest".

beigefügt, so kann man aus ihr allerdings die Unwiderruflichkeit der übrigen Vertragsbestimmungen rechtfertigen; allein was soll die derogatorische Clausel selbst gegen Widerruf schützen?[16]) Niemand wird bezweifeln, daß ein ausdrücklich als unwiderruflich bezeichneter Kaufvertrag — auch wenn er die Clausel enthielte, er solle nicht einmal im Einverständnisse beider Parteien gelöst werden können — doch mutuo consensu aufgehoben werden kann. Und dies sollte anders sein, wenn der Vertrag eine Bestimmung zu Gunsten eines Dritten enthielte?[17]) Ist einmal zugestanden, daß jene Grundregel von der Allmacht des Willens gerade für die Frage der Unwiderruflichkeit nicht gilt, dann muß die Möglichkeit der unwiderruflichen Begründung von Forderungsrechten für Dritte in anderer Weise aus dem positiven Rechte abgeleitet werden.

Es gibt nun thatsächlich Gesetze, die aus besonderen publicistischen Rücksichten in gewissen Fällen die Contrahenten sogleich beim Worte nehmen und gegen ihren Willen festhalten. Aber diese Fälle sind anomaler Natur und gestatten keine Verwendung zu Analogieschlüssen.

§ 8. Fortsetzung. — Unwiderrufliche Verträge zu Gunsten Dritter.

I. Den liberatorischen Verträgen zu Gunsten Dritter[1]) hat schon das römische Recht, soweit es sie zuließ, sofort und unwiderruflich befreiende Wirkung zugeschrieben.[2]) Von einem Beitritte oder einer Aneignung des Schuldners ist gar keine Rede; er wird auch gegen seinen Willen frei. Die Contrahenten aber können die Befreiung des Schuldners auch im beiderseitigen Einverständnisse nicht rückgängig machen. Man-

---

[16]) Vgl. über die derog. Clausel bei Gesetzen Karlowa, Rechtsgeschichte, 1. Bd., S. 429.

[17]) „War," sagt Siegel, S. 158, „in einem Kaufvertrage ein Halfter- oder ein Herdgeld versprochen worden, so kann hierin unmöglich ein Hinderniß für Käufer und Verkäufer liegen, den Handel und mit ihm das Versprechen zu Gunsten des Knechtes oder der Ehefrau wieder rückgängig zu machen."

[1]) Als solche führt Tartufari an: Erlaßverträge (S. 332), Zahlung fremder Schulden (S. 333) und Expromission (nach heutigem Rechte auch die Schuldübernahme gegenüber dem Gläubiger, S. 335). Nach R. R. sind Erlaßverträge zu Gunsten Dritter nichtig. Ueber die scheinbaren (Tartufari, S. 48 ff.) Ausnahmen vgl. Hugo Krüger, exceptio doli, S. 119 ff.; Unger, S. 51 ff. Dagegen ist die Befreiung Dritter durch Zahlung oder Expromission zweifellos giltig.

[2]) l. 91 D de sol. et lib. 46, 3: „statim, quod ad te attinet, res peribit." Vgl. hiezu Hugo Krüger, S. 197 fg.

beruft sich zur Begründung dieser Anomalie auf l. 98, § 8 Dig. de sol. 46, 3: „in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest“ [3]), indem man der Liberation die Fähigkeit zuschreibt, das Band der Obligation gleichsam physisch für immer zu zerstören. Unger[4]) sagt geradezu, „daß man die Schuld eines Dritten durch Zahlung oder Expromission tilgen, daß man also re einen Dritten befreien kann, erklärt sich daraus, daß man der Obligation hiemit den Lebensstoff entzieht: sie stirbt an Blutleere“. Diese bildliche Vorstellung erklärt den Hergang nicht. Würde das positive Recht der Zahlung und der Expromission jene Wirkung nicht oder nicht unwiderruflich oder nur bedingungsweise verleihen, so würde kein Theoretiker um die Construction und entsprechende Bilder (z. B. Schweben oder Ruhen der Obligation) verlegen sein. [5]) In Wahrheit erscheint es nicht selbstverständlich, sondern sehr merkwürdig, daß der Schuldner sich auf eine ohne sein Wissen unter vier Augen erfolgte Zahlung oder Novation wirksam berufen darf, auch wenn der Gläubiger und der Intervenient sie, noch bevor irgend ein Dritter davon Kenntniß erlangen konnte, vielleicht schon wenige Augenblicke nach ihrer Perfection, (vergeblich) rückgängig gemacht haben. [6]) Die Erklärung dieses Phänomens muß auf social-politischem (rechtshistorischem) Gebiete gesucht werden. Sie liegt in der besonders im ältesten römischen Rechte hervortretenden Tendenz, Interventionen für insolvente Schuldner herbeizuführen und deren Effect zu

[3]) Unger, Verträge, S. 66, Tartufari, S. 346, Note 13.

[4]) A. a. O. S. 52, Note 67.

[5]) Vgl. gegen Unger Tartufari, S. 334 („un giro di parole“). Derselbe Vorwurf würde Cohen's Ableitung der Wirksamkeit der liberatorischen Verträge zu Gunsten Dritter aus der „Eigenart“ der Schuld (S. 14) treffen.

[6]) Auch der Gesichtspunkt der „stellvertretenden negotiorum gestio ohne das Bedürfniß der Ratihabition“ (Zimmermann, S. 301) trifft nicht zu. Die Zahlung für den Dritten ist auch dann giltig, wenn sie gegen dessen Willen erfolgt (l. 39 D. de neg. gestis 3, 5); es schadet also nicht einmal die Einsprache des anwesenden Dritten, daher der Zahlende unmöglich als dessen Stellvertreter aufgefaßt werden kann. Daß er „auf Namen“ des Schuldners leisten müsse, ist nur richtig in dem Sinne, daß er „für den Schuldner“ (siehe hierüber Windscheid, § 342, Note 22), d. i. um dessen Schuld zu tilgen, zahlen müsse; das dem Zahlenden regelmäßig zustehende Regreßrecht kann nur vom Standpunkte der Unger'schen Liberalitäts-Theorie einen Grund bieten, die Ehrenzahlung aus dem Bereiche der Verträge zu Gunsten Dritter auszuschließen. Endlich ist in l. 43 D. de neg. gest. 3, 5 keine die Beweislast verschiebende Präsumtion enthalten, so daß man auch nicht mit Tartufari (S. 334) von einer importantissima differenza gegenüber den andern Verträgen zu Gunsten Dritter sprechen kann.

schuldete Leistung im juristischen Sinne anzunehmen. Nur bei diesen kann der Dritte die Waare empfangen im Sinne des Art. 346 H. G. B. und Mängel anzeigen (Art. 347); nur bei diesen hat er im Falle der Beanständung für die einstweilige Aufbewahrung zu sorgen (Art. 348) und kann den Zustand der Waare durch Sachverständige feststellen lassen; seine Weigerung, die Leistung anzunehmen, erscheint als mora accipiendi; über die erhaltene Zahlung stellt er die Quittung aus ꝛc.

Der Dritte kann nun die Leistung in zweifacher Weise entgegennehmen: entweder im eigenen Namen oder im Namen des Promissars, also entweder als Gläubiger oder als Vertreter des Gläubigers. Tertium non datur.

Empfängt er im eigenen Namen, so ist er der Gläubiger, er kann also die Leistung auch im eigenen Namen einklagen oder erlassen; empfängt er im Namen des Promissars, so liegt der oben (§ 2, II) behandelte Fall der Stellvertretung bei der Erfüllung (Eincassirungsmandat) vor. [3]) Der Gedanke, daß durch Vertrag ein Dritter berufen werden könnte, die Leistung im eigenen Namen entgegenzunehmen, während doch der Promissar der Gläubiger wäre, ist ungemein künstlich, beinahe monströs. [4])

Die Frage, die Martinius zu § 412 Entw. aufwirft, wie es denn mit dem Vertrage über Leistung an einen Dritten zu halten sei, wenn seine unmittelbare Berechtigung nicht gewollt sei [5]), ist gewiß berechtigt. Aber darauf gibt es nur eine klare, alle Zweifel ausschließende Antwort: der Dritte ist als Stellvertreter des Promissars bei der Er-

---

[3]) Es ist unrichtig, an Stelle dieses Gegensatzes die Unterscheidung zu setzen, ob er der Dritte nur in solutione, oder auch in obligatione sei (Zimmermann, S. 51). Dies würde nur ausdrücken, daß in gewissen Fällen der Promissar blos (facultativ) berechtigt, in andern aber (obligatorisch) verpflichtet sei, den Vertrag durch Leistung an den Dritten zu erfüllen.

[4]) Vorausgesetzt, daß man dabei nicht etwa gerade die eingangs erwähnten, nicht hieher gehörigen Fälle im Auge hat, bei denen entweder die Annahme der Leistung nicht Annahme (als Rechtsgeschäft) oder die Leistung nicht Leistung (als Gegenstand des Vertrages) ist. Daß in vielen Fällen (z. B. l. 38, § 21 D. de V. O. 45, 1) die Person des Leistungsempfängers mit Rücksicht auf die Natur der Leistung unvertretbar ist, der Promissar also gar nicht Leistung an sich selbst fordern kann, darf nicht irre machen. Der Satz potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum läßt sich eben nicht umkehren. Nicht jeder, der durch einen Advocaten Proceß führt, kann dies auch persönlich thun. Dessenungeachtet ist der Advocat Stellvertreter.

[5]) Gutachten aus dem Anwaltstande, S. 591.

füllung zu behandeln. [6]) Daraus folgt, daß der Promissar jederzeit contremandiren kann [7]), daß die Befugniß des Dritten nach gemeinem Rechte mit dem Tode des Promissars erlischt [8]), daß nur der Promissar selbst klageberechtigt ist [9]) und daß der Dritte auch nicht durch irgend eine Beitrittshandlung oder selbst durch eine novirende Vereinbarung mit dem Promittenten das Klagerecht erlangen kann. [10])

Wird diese Antwort abgelehnt, so verlieren wir den Boden unter den Füßen. Es ist unmöglich, irgend eine der aufgeworfenen Detailfragen zu beantworten, wenn man auf der einen Seite den Promissar als alleinigen Gläubiger hinstellt, auf der andern aber auch den Dritten im eigenen Namen handelnd an einer Stelle erscheinen läßt, wo eben nur der Gläubiger oder dessen Stellvertreter hinpaßt.

So grundverschieden nun auch dem Juristen der Vertrag auf Leistung an einen Vertreter des Gläubigers von dem Vertrage auf Leistung an einen zum Gläubiger gemachten Dritten, d. i. eben vom eigentlichen Vertrage zu Gunsten des Dritten erscheinen mag, so täuschend ähnlich pflegen derartige Verträge im Rechtsverkehre aufzutreten, und darin liegt eine gewisse Rechtfertigung für die Aufstellung des gemeinsamen Gattungsbegriffes der Verträge auf Leistung an einen Dritten.

Das Kriterium, von welchem die Frage der Klagslegitimation abhängt, kann selbstverständlich nicht eben dadurch gefunden werden, daß

---

[6]) Im Sinne der Regel: quod jussu alterius solvitur pro eo est, quasi ipsi solutum esset. Siehe oben § 2, II. Also nur Stellvertretung gegenüber dem Dritten und nur in Beziehung auf die Vertragserfüllung ist anzunehmen. Das interne Rechtsverhältniß zwischen dem Promissar und dem Dritten kann in sehr verschiedener Art geordnet sein. Für dieses kann sogar möglicher Weise der Promittent als Vertreter des Promissars bei der Erfüllung des (internen) Vertrages in Betracht kommen im Sinne der l. 56 D. de sol. 46, 3. Auch verschlägt es nichts, wenn durch die Leistung vertragsmäßig der Dritte Eigenthümer des Leistungsobjectes werden soll. Alsdann ist der Dritte gegenüber dem Promittenten Stellvertreter bei der solutio, während er bei der traditio im eigenen Namen mitwirkt. Vgl. Zimmermann, S. 277 fg.

[7]) l. 12, § 2, l. 34, § 3, l. 106 D. de sol. 46, 3; Windscheid, § 342, Z. 5.

[8]) l. 32 D. eod. und sonst.

[9]) Der Dritte kann natürlich auch zur Klageführung im Namen des Promissars speciell oder allgemein ermächtigt sein. So in den häufigen Fällen des Vertrages auf Leistung an den Procurator. In gerichtlichen Vergleichen pflegt die Zahlung zu Handen des Rechtsfreundes des Klägers bedungen zu werden. Niemand wird daran zweifeln, daß hier lediglich ein Stellvertretungsverhältniß vorliegt.

[10]) l. 21 D. de novat. 46, 2; Danz, S. 124.

untersucht wird, ob der Dritte vertragsgemäß die Leistung im eigenen Namen oder im Namen des Promissars erhalten solle; denn diese Frage ist Gegenstand der juristischen Construction und sie deckt sich genau mit der zu lösenden Frage der Klageberechtigung oder der allgemeineren, wer Gläubiger sein solle.

Auch die Untersuchung, ob der Promissar im Vertrage irgend welche Opfer bringen muß, ob er die „Kosten" des Rechtserwerbes trägt, fördert die Lösung unserer Frage um keinen Schritt. Denn hiervon hängt nur die Abgrenzung des Gebietes der Verträge auf Leistungen an Dritte nach außen, nämlich gegenüber denjenigen Verträgen ab, bei welchen der Dritte kein Dritter, sondern Contrahent, der Promissar aber kein Contrahent, sondern Vertreter des Dritten (insbesondere negotiorum gestor) ist.[11]) Steht einmal fest, daß der Promissar nicht Vertreter des Dritten sei, so kann immerhin noch der Dritte Vertreter des Promissars sein.

Endlich hilft uns auch das logische Schema im § 5 nicht weiter. Denn ob ein eingliederiges oder ein zweigliederiges Geschäft vorliege, hängt begriffsmäßig davon ab, ob der Dritte als Gläubiger anzusehen ist. Vertritt er blos den Promissar, so fallen die beiden Glieder in eines zusammen.

Es bleibt nichts übrig, als im Sinne der herrschenden Lehre[12]) auf die Vertragsauslegung zu verweisen. Ob der Promissar oder der Dritte oder — was gewiß selten vorkommen wird — beide Gläubiger werden sollen, das hängt, soweit die Giltigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter angenommen wird, lediglich von dem Willen der Contrahenten ab.

Otto Bähr[13]) wendet ein, der mit der ausgedrückten Absicht des Rechtserwerbers für den Dritten abgeschlossene Vertrag sei ein in Stellvertretung des Dritten abgeschlossener Vertrag. Für die Verträge zu Gunsten eines Dritten sei gerade der Umstand charakteristisch, daß der Dritte eine Klage erhalte, obgleich die Absicht, ihm ein Recht zu erwerben, nicht obgewaltet habe, mindestens nicht zum Ausdrucke gekommen sei.[14])

---

[11]) Oben § 2, I.

[12]) Entwurf I, § 412, II, § 280. Schweiz. Obl. Recht, Art. 128. Sächs. b. G. B., § 853. Regelsberger, Prakt. Archiv, 67. Bd., S. 4 ff. Gareis, S. 211. Moltzer, S. 63. Tartufari, S. 307. Panofsky, S. 131 fg. Cohen, S. 12 fg.; Dernburg, Pandekten, 2. Bd., § 18, Note 7.

[13]) Urtheile, S. 84 fg., 93; Archiv, S. 162 ff. Aehnlich Martinius, Gutachten, S. 591.

[14]) Archiv, S. 163.

Gegenüber dieser Einwendung genügt es, auf die früheren Erörterungen (§§ 2 und 3) zu verweisen; sie setzt jedenfalls einen der herrschenden Lehre fremden Stellvertretungsbegriff voraus. [15])

Wenn ferner Bähr meint, daß Verträge schwerlich zu finden seien, in denen die Absicht oder Nichtabsicht der Contrahenten, für den Dritten ein Recht zu erwerben, ausgesprochen wäre, so ist dies gewiß irrthümlich. In Verträgen, welche von Rechtsverständigen errichtet werden, insbesondere in den von Anstalten festgestellten ausführlichen Vertragsbedingungen (Reglements, Versicherungsbedingungen u. dgl.) wird gar häufig über die für den Dritten daraus erwachsenden processualen Rechte „philosophirt". [16])

Zuzugeben ist, daß in sehr vielen Fällen eine ausdrückliche Erklärung in Betreff der Berechtigung des Dritten im Vertrage nicht enthalten sein wird. Dann sind die allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung anzuwenden.

Vor allen Dingen werden zumeist besondere Umstände den Vertragsschluß begleiten, welche über die Absicht der Contrahenten Aufschluß geben. Entweder die Contrahenten haben bestimmt oder vorausgesetzt, daß der Dritte von dem Inhalte des Vertrages schon vor dessen Erfüllung Kenntniß erlangen könne oder nicht. Im ersteren Falle wird in der Regel ein Vertrag zu Gunsten des Dritten vorliegen, im zweiten nicht. In dem von Bähr [17]) angeführten Beispiele eines Gutsansatzvertrages fehlen also nicht alle „Umstände". Der Vertrag muß ja intabulirt werden. Das ist ein

[15]) Stellvertretung für ungewisse oder gar nicht existirende Personen? Stellvertretende negotiorum gestio ohne Bedürfniß der Ratihabition?

[16]) Man vgl. z. B. die bei Regelsberger, Archiv, S. 16 fg. citirte, im Wesentlichen bei allen Lebensversicherungsverträgen vorkommende Bestimmung, in welcher sowohl die Absicht (nach dem Fälligkeitstermine) als auch die Nichtabsicht (vor dem Fälligkeitstermine) zu dem Begünstigten in ein Contractsverhältniß zu treten, ausdrücklich ausgesprochen ist; nach Bähr hätte es genügt, zu bestimmen was der Dritte zu bekommen hat, und wäre alles weitere „Philosophie". Die Entsch. R. O. H. G. XXIII, Nr. 55, S. 158 (oben § 2, Note 20) zeigt, wie viel in derartigen Fällen abhängt von der ausgesprochenen Absicht, welcher gegenüber die Zulassung der Bähr'schen actio utilis geradezu als Vergewaltigung erscheinen würde. Anders freilich die Motivirung der Entsch. R. G. XXIX, S. 324 und 348 fg., welche zwischen Hauptgeschäft (Versicherung) und Grundgeschäft (Schenkung?) nicht gehörig unterscheidet. Nur auf letzteres kam es in dem entschiedenen Rechtsfalle an. Vgl. unten § 32.

[17]) Archiv, S. 164.

sehr wichtiger Umstand.[18]) Liegen Beweisurkunden vor, so kann auch im Vertrage bestimmt sein, wer dieselben zu bekommen habe, ob der Promissar oder der Dritte. (Frachtbrief!) In der vertragsmäßigen Bestimmung der Klagsbehelfe für den Dritten liegt doch wohl ein sehr deutlicher Ausdruck der Absicht des Contrahenten.

Liegen aber wirklich keine concludenten Umstände vor, dann wird man sich für die dem Zwecke der Contrahenten mehr entsprechende Lösung der Frage entscheiden nach dem Satze: commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit.[19]) Man wird also in der Regel dem Promissar das Klagerecht zusprechen; wo aber der Dritte den Promittenten leichter und sicherer zur Vertragserfüllung verhalten kann als der Promissar[20]), wird man annehmen dürfen, daß die Berechtigung des Dritten gewollt sei.

Endlich wird in vielen Fällen die Verkehrssitte, in einigen auch dispositives Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht die Entscheidung an die Hand geben.[21])

§ 7. Die Widerruflichkeit. — Stand der Frage.

Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. Wenn daher die Auflösung eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten durch contrarius consensus in Frage kommt, so scheint es natürlich, den Consens zwischen den Contrahenten für erforderlich und ausreichend zu halten, den Dritten aber ebensowenig der Aufhebung wie der Begründung des Vertrages beizuziehen.

Läßt man anderseits aus dem Abschlusse des Vertrages sofort ein Recht des Dritten hervorgehen, so erscheint der mutuus dissensus in

[18]) Siehe unten § 13. Uebrigens kann sich ein gewöhnlicher eingliedriger Vertrag nachträglich in einen Vertrag zu Gunsten des Dritten verwandeln, wenn sich die Contrahenten erst nach Abschluß des Vertrages (z. B. einer „noblen Wette") entschließen, den Dritten zu verständigen.

[19]) l. 80 D de V. O. 45, 1.

[20]) Dieser Gedanke ist zweifellos beim Frachtvertrage (wegen der Entfernung) und beim Lebensversicherungsvertrage (wegen des Ablebens des Promissars) maßgebend gewesen. Abgesehen von derartigen Fällen liegt kein Grund vor, im Zweifel für das Klagerecht des Dritten, also (s. unten § 22) gegen das Klagerecht des Promissars zu entscheiden; a. M. Seuffert, Allg. Grundsätze des Obligationenrechts im Entwurfe, S. 70 fg.; Gierke, Entw., S. 221 u. A.

[21]) § 1019 a. b. G. B.; Allg. Landrecht, I, 11, § 463; § 41 preuß. Ges. vom 5. Mai 1872; Art. 105 H. G. B.; vgl. Entwurf, II, §§ 281 u. 282.

Wahrheit als ein Vertrag zu Lasten des Dritten und kann daher nicht für zulässig erachtet werden.

Dieser Widerspruch hat eine so bedeutende Zersplitterung der Meinungen herbeigeführt, daß zwischen zwei schroff entgegengestellten Extremen fast alle Schattirungen eines continuirlichen Ueberganges sich auffinden lassen.

Als Extreme erscheinen auf der einen Seite die Meinung Unger's, auf der andern die Meinung Bähr's.

Unger[1]) lehrt oder lehrte (im Jahre 1869): „Der Dritte erwirbt — den ihm zugedachten Vortheil unmittelbar, sofort und unwiderruflich: in diesem Satze ist die ganze Theorie der pacta in favorem tertii beschlossen." [2])

Nach Bähr dagegen kann das (abgeleitete) Recht des Dritten nur durch Cession oder Zahlungsversprechen [3]) und nur in gewissen besonderen Fällen auch durch den Tod des Promissars [4]) unwiderruflich werden.

Der Ansicht Bähr's stehen am nächsten diejenigen Autoren, welche, indem sie die Verträge zu Gunsten Dritter als Fälle der negotiorum gestio auffassen, Ratihabition des Dritten fordern, vorher aber dem Gestor den Rücktritt gestatten [5]), dann überhaupt diejenigen, die das Recht des

[1]) Die Verträge zu Gunsten Dritter, S. 68.

[2]) Vgl. dagegen insbesondere Tartufari, S. 212 fg. Ein Vorgänger Unger's ist in der Frage der Unwiderruflichkeit Böhmer, Exercitationes ad Pandectas, exerc. 28 ad l. 2, 14, cap. 1, §§ 5 u. 6 (Buchka, S. 169 ff.; Gareis, S. 79 ff.; Molitor, S. 252 ff.; Tartufari, S. 180 ff.).

[3]) Urtheile, S. 85 fg.

[4]) Pr. Archiv, S. 171.

[5]) Savigny, Obl. R., 2. Bd., S. 82. Ebenso die französische Doctrin. Die jetzt herrschende Ansicht Unger's (S. 71) und Zimmermann's (S. 277) über die Gebundenheit des negotiorum gestor stützt sich auf l. 24, § 1 D. rat. rem hab. 46, 8, welche aber nur den Gedanken, als ob die Erlangung der bonorum possesio von der Fortdauer des Willens des Petenten abhängen könnte, als mit der Unwiderruflichkeit der petitio unvereinbar hinstellt. Die Stelle zieht hieraus nur die Consequenz, daß es bei der Ratihabition nicht auf die interne Fortdauer des Willens des Petenten ankomme und daß daher auch dessen in der Zwischenzeit eingetretener Tod oder Wahnsinn nicht schade. Die Möglichkeit eines Widerrufes ist ja nach der Sachlage ohnehin ausgeschlossen. Auch Hugo Grotius gestattet den Widerruf vor erfolgter Ratihabition, wenngleich er denselben für einen Vertrauensbruch erklärt. Dies verkennt Gareis (S. 70 fg.), welcher infolge dieses Mißverständnisses Grotius zum Urheber einer „Theorie der echten, obligatorischen Collectivofferte" macht. Die Meinung Grotius' erhellt — abgesehen von dem Wortlaute der Stelle (de jure nat. II, 11, § 18: faciat contra fidem, non contra jus alicujus), welcher aus § 3 ibid. (über das sittliche debitum constantiae sive fidelitatis, welches

„Wenn irgend ein Satz des gemeinen Rechtes," bemerkt Gareis[4] gegen Unger, „für unser heutiges Vertragsrecht principielle Bedeutung und ein nur durch Unmöglichkeit, Unsittlichkeit und „zwingende Gesetze" umschränktes Geltungsgebiet hat, so ist es l. 1, § 6 D. dep. v. contr. 16,3: contractus enim legem ex conventione accipiunt. Auf die Willensmeinung der Parteien ist zu sehen . . ." [5]) Auf diesen vermeintlichen Grundsatz stützt sich die Lehre, daß es blos von dem Willen der Contrahenten abhänge, dem Dritten sofort ein unentziehbares Recht zu verschaffen. Es ist aber nicht wahr, daß das Willensdogma die einzige oder doch die wesentlichste Grundlage des Vertragsrechtes in dem Sinne bilde, daß es die allgemeine Regel darbiete, welcher gegenüber Ausnahmen besonderer Rechtfertigung bedürfen. Vielmehr ist gerade die hier interessirende Frage der Gebundenheit an's Wort vom Standpunkte der rechtsphilosophischen Willenstheorie gar nicht zu lösen. Ob ein einseitiges Rechtsgeschäft widerruflich oder unwiderruflich und ob ein Vertrag mutuo consensu abzuändern oder unabänderlich sein solle, das kann nicht lediglich vom Willen der Parteien abhängig gemacht werden. Gerade die Frage der Gebundenheit scheint Hofmann[6]) in's Auge zu fassen, wenn er gegenüber der rechtsphilosophischen Willenstheorie bemerkt, es sei unzweifelhaft, daß der Wille und namentlich der Schuldnerwille ein höchst wichtiger Factor für die Vertragsentstehung sei: „wenn man aber alles nur auf ihn gründen will, geräth man in Widersprüche. Denn in der Natur des Willens liegt es, daß er heute so ist und morgen anders sein kann." [7]) Aus dem contractus legem ex conventione accipiunt würde daher nur folgen, daß eben auch der den ersten Vertrag ändernde oder aufhebende Novations- oder Erlaßvertrag nach dem ihm zu Grunde liegenden neuen Willen der Contrahenten beurtheilt und für wirksam gehalten werden müsse.

---

und Rechtsimperativ an, welcher lauten soll: „Sorge für andere wie für Dich selbst", und sein Vorgänger Grönewegen citirt (ad § 19 J. de inutil. stip. 3, 20) das charitas non quaerit, quae sua sunt. Böhmer (Exercit. 28 ad lib. II, tit. 14, Band., Cap. 1, § 5) beruft sich nachdrücklicher als Grotius auf die fides humana, „solidissimum illud humani generis ligamen iustitiaeque fulcrum ce.tissimum", daneben aber auch auf die voluntas et intentio praesumpta paciscentium, er verbindet also die ethische mit der Willenstheorie.

[4]) S. 180.

[5]) Vgl. auch Regelsberger, Archiv, S. 6 und oben § 7.

[6]) A. a. O. S. 101; vgl. das. S. 65 fg.

[7]) Vgl. Schloßmann, Vertrag, S. 88 ff.

Denn daß der frühere Wille stärker sein müsse als der spätere, läßt sich vom Standpunkte des Willensdogmas durchaus nicht erklären.[8])

Dazu kommt noch, daß überall im Vertragsrechte nicht der geheime, sondern erst der kundgemachte Wille (die Erklärung) entscheidet. Für den Dritten liegt aber keine Willenserklärung vor, auf die er sich berufen könnte, so lange ihm die zu seinen Gunsten erfolgte Willenseinigung der Contrahenten nicht bekannt gemacht ist. „Ihre ihm nicht mitgetheilte Willenserklärung," bemerkt Stobbe[9]) vollkommen richtig, „ist für ihn keine Willenserklärung[10]), steht auf derselben Stufe wie der Wille einer Person[11]), welcher nicht erklärt ist, wie eine Absicht, welche keinen Ausdruck erhalten hat. Der Dritte erwirbt hier ebensowenig ein Recht wie der im Testamente zum Erben Eingesetzte, so lange der Testator lebt, wie der Besitzer eines Inhaberpapieres, welches vom Aussteller nicht emittirt ist, wie ein Preisbewerber, wenn die Aussetzung eines Preises intendirt, aber nicht veröffentlicht war u. s. w." Soweit aber wird doch wohl niemand die dem Willen eingeräumte privatrechtliche Macht ausdehnen wollen, daß es nur von ihm selbst abhängen sollte, sich des Werkzeuges der Er-

---

[8]) In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur (l. 12 D. de R. J. 50, 17). Trotzdem und trotz des uti legassit etc. — richtiger: gerade deswegen — kann der Testator sein Testament nicht durch eine Willenserklärung unwiderruflich machen. „Kein Endlicher," sagt Jean Paul (Werke, 32. Bd., S. 86), „kann seinen Willen prophezeien und sagen, er werde und wolle in der nächsten Woche so und so wollen. Denn erfüllt er auch seine Prophezeiung, so thut er's doch nicht mit dem vorigen Willen, sondern mit dem augenblicklichen, und jeder Wille regiert als ein neuer Fürst, von seinem Vorfahrer unabhängig."

[9]) Privatrecht, 3. Bd., S. 119.

[10]) Anders freilich Windscheid, Pand., § 309, Z. 3.

[11]) So wurde gelegentlich der Berathungen der Dresdener Commission zur Ausarbeitung eines deutschen Obligationenrechtes (1863) von einem der Abgeordneten bemerkt, es sei nicht abzusehen, welchen Unterschied es hinsichtlich des Rechtsverhältnisses des Dritten begründen sollte, ob eine ihm gemachte Zuwendung auf der Willenserklärung eines Einzelnen oder auf der übereinstimmenden Willenserklärung zweier Contrahenten beruhe; denn dem Dritten gegenüber erschiene Beides nur als eine einseitige Willenserklärung (Siegel, S. 143, Note 2). Ebenso bemerkt Hasenöhrl (S. 460, Note 55), der sich wie Moltzer (S. 361 ff.) an Siegel anschließt, gegen Gareis (S. 224 fg.) und Unger (Grünhut's Zeitschr., I, 373): „wenn — ein bei dem Vertrage nicht betheiligter Dritter aus einem vertragsmäßig gegebenen Versprechen ein Recht erwirbt, so erscheint ihm gegenüber dieses Versprechen nur als eine einseitige Willenserklärung."

klärung zu bedienen oder darauf zu verzichten [12]), wie ja anderseits auch die Nothwendigkeit dieses Werkzeuges im Allgemeinen nicht aus dem Gesichtspunkte der Willenstheorie gerechtfertigt werden kann.

Neben der Willenstheorie steht die Zweck- oder Verkehrstheorie. Sie findet auf dem Gebiete des Vertragsrechtes ihre allgemeinste [13]) Anwendung in der Form der Vertrauenstheorie. [14]) Grave est, fidem fallere. Daraus folgt nach Hofmann (S. 66):

1. nicht mein Wort verbindet mich, wenn dadurch niemand zu einem Vertrauen bestimmt wurde,

2. nicht das Vertrauen des andern verbindet mich, insoferne es ich nicht hervorgerufen habe. [15])

Aus dem ersten Satze ergibt sich, daß der Dritte der Regel nach kein Recht erlangen kann, so lange er von dem Vertrage nichts weiß. Nur wäre vielleicht aus gewissen Rücksichten technischer Natur dem Wissen das Wissenkönnen gleichzustellen; aus denselben Rücksichten nämlich, die der Empfangstheorie den Vorzug vor der Vernehmungs-

---

[12]) Vgl. Moltzer, S. 364.

[13]) Daneben stehen besondere Zwecke, wie z. B. die oben § 8 angeführten, die ein jus singulare veranlassen.

[14]) Wo die Rechtsordnung an der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von Verträgen nicht irgendwie besonders interessirt ist (wie z. B. einerseits an der Wirksamkeit der Ehe, anderseits etwa an der Unwirksamkeit der Cession von executionsfreien Gehaltsansprüchen), kommt nur der allgemeine Zweck in Betracht, den rechtlichen Verkehr, insbesondere den Creditverkehr zu schützen. Nicht das Vertrauen macht den Vertrag verbindlich, sondern das Recht; das Recht macht den Vertrag verbindlich, damit man ihm trauen könne. Vgl. bezüglich der wirthschaftlichen Grundlage der Vertrauenstheorie Schloßmann, Vertrag, S. 306 ff. („Die Verletzung bei nicht erfülltem Versprechen.") Etwas anderes ist die ethische Vertrauenstheorie (vgl. oben Note 3). Diese interessirt hier nicht. „Wir haben es hier mit einer rein thatsächlichen Erscheinung zu thun, für welche die Annahme einer Pflicht zur Wahrhaftigkeit, von der man in früherer Zeit sprach, nur eine Wortbezeichnung, nicht aber eine Erklärung gibt." Schloßmann, a. a. O. S. 308. Wenn gleichwohl Hofmann, S. 114, einer Vereinigung der realen und der ethischen Theorie das Wort redet, so mag damit immerhin vielleicht ein Bedürfniß des Gemüthes innerhalb der Grenzen der Wissenschaft befriedigt werden.

[15]) Es ist selbstverständlich, daß es auf das Vertrauen des Gläubigers, nicht irgend eines beliebigen Promissars, der keine Rechte für sich erwerben will, ankommt. Derjenige, auf dessen Glauben (credere) es ankommt, heißt eben deswegen Gläubiger (creditor). Hofmann, a. a. O. S. 68, Note 132. Vgl. auch Hartmann, Civ. Arch., 72. Bd., S. 212 ff.

theorie gesichert haben. Mindestens bis zu dem Momente der Verständigung des Dritten (d. i. des Einlangens der Nachricht bei demselben) könnten also die Contrahenten zurücktreten[16]; umso mehr können sie das, wenn sie die Verständigung noch gar nicht veranlaßt haben (d. i. vor Absendung der Nachricht). Darin liegt dem Dritten gegenüber kein Wortbruch, denn sie haben ihm ihr Wort noch nicht gegeben[17]; man kann ihnen auch das grave est, fidem fallere nicht entgegen halten, denn jenes Vertrauen, das sie nicht täuschen durften, ist noch nicht, wenigstens nicht von den Contrahenten, bewirkt. Aus dem zweiten Satze folgt nämlich, daß nicht jede wie immer erlangte Kenntniß des Dritten von dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage ihn berechtigt. Wenn er den mündlichen Vertrag belauscht, die Urkunde, die den schriftlichen enthält, gefunden oder gar entwendet hat, soll ihm die Indiscretion nicht nützen.[18]

Diese Wichtigkeit der Verständigung ist niemals ganz übersehen worden. So findet selbst Siegel[19] den Vorschlag beachtenswerth, die Entstehung des Rechtes des Dritten „von der Ueberweisung des Versprechens an denselben durch den Empfänger oder, de lege ferenda gesprochen, von der Benachrichtigung des Dritten durch die Vertragsschließenden, beziehungsweise einen derselben (Dresdener Protokolle, S. 652) abhängig“ zu machen.[20] Merkwürdig ist nur Siegel's lakonische Einwendung: „Dagegen ist entschieden die Volksüberzeugung.“ Damit vergleiche man das Zeugniß Gareis', der gewiß nicht der Hinneigung

---

[16]) Vgl. Windscheid, § 306, Note 6.

[17]) „Weder der Promittent, noch der Promissar strecken aus dem Rechtsgeschäfte, das sie mit einander abschließen, gleichsam die Hand hinaus, so daß der Dritte nur einzuschlagen braucht, um selbst als Mitcontrahent, dazustehen.“ Bähr, Dogm. Jahrb., 6. Bd., S. 145: Bei Moltzer dagegen streckt der Promittent wirklich die Hand nach dem Dritten aus — freilich vergebens, denn der Dritte verläßt sich auf die sogenannte Anwachsungstheorie und schlägt nicht ein. Der Promittent ist nämlich nicht jemand, „die met beide uitgestoken handen tot den stipulator komt toeloopen, maar iemand die, zijne armen in twee verschillende richtingen uitstrekkende, den stipulator toch de eene hand reikt en slechts met de andere op den derde wijst“ (S. 27). Welch ansprechender Vorwurf für einen Bildhauer!

[18]) Vgl. Karlowa, Rechtsgeschäft, S. 20.

[19]) S. 154, Note 22.

[20]) Denselben Vorschlag macht de lege ferenda Randa, Eigenthum, S. 219, Note 51: „Befriedigender wäre die Bestimmung des § 413 des deutschen Entwurfes, wenn sie auch die Benachrichtigung für maßgebend erachten würde.“

zu dem Benachrichtigungssysteme gezogen werden kann. Gareis[21]) sagt von formlosen Abreden zu Gunsten Dritter: „Allgemein herrscht hier die Vorstellung, daß unser Gespräch unsere Sache ist; was ich mit meinem Freunde gesprächsweise berede, projectire, vereinbare, was zwei Bekannte oder Unbekannte mit einander ausmachen, daraus kann kein Dritter ein klagbares Recht für sich ableiten. So die volksthümliche Meinung." [22])

Thatsächlich nimmt die herrschende österreichische Doctrin und vielfach auch die Praxis, ohne bisher mit der Volksüberzeugung in Conflict gerathen zu sein, auf Grund des § 1019 a. b. G. B. als Regel an, daß bei Verträgen zu Gunsten Dritter der Dritte erst durch die Benachrichtigung seitens eines der Contrahenten ein klagbares Recht auf die ihm zugedachte Leistung erlange. [23])

Die übrigen Gesetzgebungen lassen durchwegs den Beitritt des Dritten entscheiden und weichen nur in der Feststellung der Formen und Voraussetzungen des Beitrittes von einander ab. Ueberall aber — auch dort, wo die ohne alle Präliminarien eingebrachte Klage als Beitritt gilt — ist der Beitritt und damit der Rechtserwerb nur nach erfolgter Benachrichtigung des Dritten möglich, und man kann wohl annehmen, daß einer der wichtigsten Gründe für die Beibehaltung des Beitrittserfordernisses gegenüber den immer wiederkehrenden Angriffen der Doctrin die Nothwendigkeit der Feststellung der Kenntnißnahme seitens des Dritten gewesen ist.

Dies scheint auch Martinius[24]) anzuerkennen, der sich in ganz eigenthümlicher Weise mit dem Bedenken abfindet, „daß die Vertragschließenden bei unbedingt und unbetagt dem Dritten versprochenen Leistungen ohne besonderen Vorbehalt nicht mehr in der Lage sind, die Leistungspflicht, die dem Dritten noch nicht einmal bekannt ist, zu

---

[21]) S. 208.

[22]) „Heutzutage," bemerkt Gareis a. a. O., „ist die Höhe des Rechtsbewußtseins und die Ueberlegung in Willensäußerungen noch nicht derart, daß ohne bedeutende Härten und Inconvenienzen die volle Strenge der Verpflichtung aus Versprechen zu Gunsten Dritter durchführbar wäre." Ich glaube nicht, daß eine Hebung des Rechtsbewußtseins in diesem Sinne jemals erfolgen wird und daß private Unterredungen aufhören werden, gleichsam das Privateigenthum der unmittelbar Betheiligten zu bleiben.

[23]) Vgl. die Commentare zu § 1019 a. b. G. B., ferner Steinbach, Gerichtszeitung, 1877, S. 179. Hasenöhrl, 1. Bd., S. 480.

[24]) S. 594 fg. Vgl. Gierke, Entw., S. 222.

beseitigen". [25]) Er beruft sich nämlich auf die Analogie der Vollmachtsverhältnisse! Als ob diese Verhältnisse, bei denen der Dritte ja gar nicht als Dritter, sondern als Contrahent zu denken ist, bei aller äußeren Aehnlichkeit die geringste innere Verwandtschaft mit den Verträgen zu Gunsten Dritter hätten! „Oder soll man," fährt er fort, „für solche Fälle die Clausel des § 412 [26]) aufrecht erhalten und behaupten, daß in allen Fällen, wo den Vertragschließenden die Sache alsbald nach dem Vertragschlusse wieder leid wird, anzunehmen sei, so lange hätten sie wenigstens die directe Berechtigung des Dritten nicht gewollt? Müßte man da nicht consequent annehmen, daß die Berechtigung des Dritten vor erlangter Kenntniß niemals gewollt sei!" Freilich, Martinius hat Recht, das müßte man annehmen. Aber Martinius ist mit seiner Apagoge noch nicht zu Ende. „Und wenn man dies wollte, sollte man da nicht gleich den Anfang der Berechtigung statt auf den schwer feststellbaren und doch so wichtigen Moment der erlangten Kenntniß auf den Moment der Annahme oder des Beitrittes verlegen? Dann wären wir richtig wieder bei dem alten Standpunkte früherer Gesetzgebungen angekommen." Nun, das wäre ja so schlimm nicht und immerhin besser als die Rückkehr zu dem noch älteren Standpunkt der Stellvertretungstheorie, an welche der erwähnte Analogieschluß des Verfassers in bedenklicher Weise erinnert.

Aber diese Consequenz ist nicht unausweichlich. Freilich, der Moment der erlangten Kenntniß ist schwer feststellbar, darauf kann es nicht ankommen. Aber wie helfen sich denn die Juristen sonst, wo ihnen diese Schwierigkeit begegnet? Sie stellen, wie bereits angedeutet wurde, das Wissenmüssen oder Wissenkönnen dem Wissen gleich (vgl. Art. 25 H. G. B., §§ 326 u. 443 a. b. G. B., § 146 Entw. I) und setzen selbst bei speciellen Verständigungen von entscheidender Bedeutung die Möglichkeit der Kenntnißnahme der erlangten Kenntniß gleich. [27])

[25]) Vgl. auch Unger, S. 68: „Der Dritte erleidet effectiv einen Nachtheil, indem ihm der zugedachte Vortheil bereits wirklich zugewendet war. Auch in dieser Beziehung muß man sagen: plus est in re quam in existimatione." Das Wörtchen „indem" statt „wenn" verwandelt einen an sich unstreitigen, aber nichts beweisenden hypothetischen Satz in einen Schluß aus einer voll beweisenden, aber selbst unerwiesenen Prämisse, d. h. in eine petitio principii.

[26]) Des deutschen Entwurfes (1. Lesung).

[27]) Vgl. z. B. Karlowa, Rechtsgeschäft, S. 24: „Man darf auch für die hier vorausgesetzten Fälle nicht pedantisch fordern, daß der Antragsteller wirklich den Inhalt der Acceptationserklärung vernommen habe." Vgl. auch Trutter,

Es kann sich also ungeachtet der principiellen Bedeutung, welche die Vertrauenstheorie der Kenntnißnahme zuweist, sowohl für das geltende gemeine Recht als auch de lega ferenda nur um die Wahl zwischen zwei Möglichkeiten handeln: entweder entscheidet der der Kenntnißnahme vorausgehende Act der Verständigung oder der nachfolgende der Annahme des Beitrittes.

§ 10. Der Beitritt des Dritten. Zulässigkeit und Bedeutung.

Die herrschende sogenannte Anwachsungstheorie hat auf die Lehre von der Annahme einen unheilvollen, begriffsverwirrenden Einfluß ausgeübt. In den älteren Auflagen des Windscheid'schen Lehrbuches heißt es (§ 305), der obligatorische Vertrag sei eine Vereinigung zweier Willenserklärungen, die Erklärung des einen Contrahenten sei darauf gerichtet, „daß er Schuldner sein, die des andern, daß er auf die Leistung, zu welcher der andere Theil verpflichtet sein zu wollen erklärt, forderungsberechtigt sein wolle".[1] In der letzten Auflage dagegen will zwar der Annehmende noch immer, „daß für ihn auf die Leistung, zu welcher der andere verpflichtet sein zu wollen erklärt, ein Forderungsrecht entstanden sein solle", aber die Note hiezu bemerkt: „regelmäßig für den Annehmenden selbst, möglicherweise auch für einen Dritten".[2] Die Annahme ist also stets Gläubigerwillenserklärung, aber sie ist nicht immer Willenserklärung des Gläubigers; die Erklärung des Annehmenden ersetzt die des Gläubigers, und der Annehmende ist doch nicht Vertreter des Gläubigers. Der Gläubiger erklärt seinen Willen nicht, und doch ist der Gläubigerwille — eben von einem Nichtgläubiger — erklärt. Wir stehen vor dem juristischen Wunder: der Trennung von Ursache und Wirkung.[3] Vergeblich verlangen wir Aufklärung von der Rechtsphilosophie. Nach der von Hofmann[4] vertretenen Theorie verhalten sich die Erklärungen der

Proc. Rechtsgeschäft, S. 157 ff. So wird z. B. die Willenserklärung, welche in der Klagserhebung gelegen ist, „perfect mit der ordnungsmäßigen Zustellung des Klageschriftsatzes an den Beklagten (ob dieser in Folge dieser Zustellung Kenntniß von der Willenserklärung erhalten hat, ist unentscheidend)". Gerade im Rahmen des deutschen Entwurfes würde sich diese Lösung mit Rücksicht auf I, § 74, II, § 107 von selbst verstehen.

[1] Vgl. auch § 864, a. b. G. B.

[2] Vgl. Siegel, S. 10, Note 5.

[3] Gareis, S. 226.

[4] Entstehungsgründe, S. 73 ff.

Contrahenten so: „der Eine verpfändet seine Treue, der Andere erklärt trauen zu wollen". „Die Annahme hat die Bedeutung zu constatiren, daß der Promissar auf das Versprechen sich verlasse; dann auch die, dem Promittenten diese Thatsache zum Bewußtsein zu bringen." Danach hat die Annahme immer relative Bedeutung, sie bindet den Versprechenden — aber sie bindet ihn nur dem Annehmenden (dem Promissar) gegenüber. Es ist auch nach dieser Auffassung nicht abzusehen, warum der Promissar nicht fähig sein sollte, den Promittenten, den er beim Worte genommen hat, wieder aus dem Worte zu lassen; es bleibt unerklärlich, wie die Annahme des Promissars, die doch nur eine Erklärung über des Promissars Wollen und Glauben enthält, bewirken soll, daß eine Erklärung über die möglicherweise ganz anders geartete, keineswegs aber identische Willensbestimmung des Dritten überflüssig wird.

Die Annahme seitens des Promissars bei Verträgen zu Gunsten Dritter hat wie ja überhaupt die Mitwirkung desselben beim Contractsschlusse nur dort einen Sinn, wo der Promissar in irgend einer Weise durch Vorleistung oder Gegenverpflichtung die Befugniß erlangt hat, die Person des Gläubigers seines Gegners zu bestimmen oder mitzubestimmen.[5]) Bei den in bianco (ohne Benennung des Gläubigers) geschlossenen Verträgen bedeutet daher die Acceptation des Promissars — abgesehen von der darin möglicherweise liegenden Schuldnerwillenserklärung — nichts anderes als die Annahme jener Designationsbefugniß, vermöge deren er unter Umständen auch sich selbst zum Gläubiger machen könnte (z. B. bei der emtio pro amico); wird aber der Gläubiger sofort bei Abschluß des Vertrages benannt, so ist die Acceptation zugleich die vorläufig oder endgiltig bindende Ausübung jener Befugniß. Die Erklärung des Promissars ist also nicht Annahme, wenn man unter Annahme nur die Gläubigerwillenserklärung versteht; aber im Sinne der Vertrauenstheorie ist sie allerdings als Annahme zu bezeichnen. Denn der Promissar nimmt den Versprechenden beim Worte; er will und muß sich auf ihn verlassen können. Hat er doch Opfer gebracht, um das Versprechen hervorzurufen — Opfer, deren Früchte ihm möglicherweise indirect zu Gute kommen müssen, wenn der Promittent sein Versprechen hält. Eine Trennung von Ursache und Wirkung ist also nirgends erkennbar, die Annahme seitens des Promissars hat ihre besondere Bedeutung für den Promissar. Wo dies nicht der Fall ist, war er von vornherein nicht legitimirt, im eigenen Namen zu contrahiren.

[5]) Oben § 4.

Ist überhaupt zum Erwerbe eines Forderungsrechtes ex contractu die Annahme des Berechtigten (Gläubigererklärung) nothwendig, so scheint es, daß folgerichtig auch die Acceptation durch den Begünstigten zur Voraussetzung seines Rechtserwerbes gemacht werden muß. Gegen die Statuirung dieses Erfordernisses sind jedoch mehrfache Einwendungen erhoben worden.

1. „Einmal," sagt Siegel[6]), „ist schon aus einem formellen Grunde das Versprechen nicht acceptabel seitens des Dritten, weil, wenn auch sein Inhalt auf ihn sich bezieht, es doch nicht an seine Adresse gerichtet ist." [7]) Dieses Argument zerfällt, wenn man annimmt, daß der im Vertrage zu Gunsten des Dritten enthaltenen einseitigen Willenserklärung die Richtung auf den Dritten, d. i. die Bestimmung, von demselben zur Kenntniß genommen zu werden, wesentlich ist, so daß der Dritte aus einem ihm nicht mitgetheilten, für ihn nicht bestimmten Contracte in keinem Falle ein Recht erwirbt. [8])

2. Die Annahme des Dritten wird als überflüssig bezeichnet, „da der Geber des Versprechens durch die andere Hand ohnehin schon an sein Wort gebunden ist" [9]) — richtig: aber, wie man consequent sagen müßte, nur gegenüber dem Promissar. Der Promissar könnte also dieses Band wieder lösen; würde ferner der Promittent sein Wort nicht freiwillig einlösen, so könnte ihn eben nur der Promissar zur Erfüllung verhalten oder sonstige Ansprüche, z. B. die condictio ob causam datorum, geltend machen. Die Bindung gegenüber dem Dritten ist ein Postulat, das aus dem Sinne und Zwecke der seitens des Promissars vollzogenen Acceptation nicht abgeleitet werden kann.

3. Uebrigens haben die Anhänger des Acceptationsprincipes, um der Einwendung zu begegnen, daß die Erklärung des Promittenten nicht acceptabel oder bereits acceptirt sei und daher vom Dritten nicht neuerlich acceptirt werden könne, die Annahme des Dritten als etwas besonderes hingestellt und mit dem Namen „Beitritt" belegt. [10]) Das Wort ist brauchbar, eben weil es die beiden in Betracht kommenden Annahmen

[6]) Versprechen, S. 149.

[7]) Aehnlich Karlowa, Rechtsgeschäft, S. 72.

[8]) Immer natürlich abgesehen von den im § 8 besprochenen, besonders gearteten Fällen.

[9]) Siegel, S. 149; ebenso Gareis, S. 224.

[10]) Vgl. Siegel, S. 149, Note 12.

differenzirt. Aber Beitritt ist und bleibt Annahme.[11]) Deshalb wird gegen jede wie immer beschaffene oder benannte Annahme seitens des Dritten eingewendet, es finde sich im Vertrage „keine offene Stelle — in welche der Dritte eintreten könnte". „Der Vertrag zu Gunsten eines Dritten bildet hienach ein zwischen den Contrahenten vollendetes, in sich selbst abgeschlossenes Rechtsgeschäft, bei welchem eine Willenserklärung des Dritten weder etwas ab- noch zuthun kann."[12]) So erklärt denn Gareis[13]) den Beitritt zu einem Vertrage geradezu für „juristisch unmöglich".

Aber es steht bei der juristischen Construction, das Unmögliche möglich zu machen. Ist der Vertrag von vornherein auf den Beitritt des Dritten berechnet und ist ein solcher Beitritt erforderlich, so ist eben der Vertrag vorher unfertig, es ist eine offene Stelle vorhanden. Wird der Beitritt für überflüssig gehalten, so ist der Vertrag allerdings auch ohne den Beitritt in gewissem Sinne fertig, d. h. keiner Ergänzung bedürftig. Die Frage der Fertigkeit hängt eben nur von der Frage der Nothwendigkeit des Beitritts ab, und es ist ein Hysteron proteron, wenn man die Fertigkeit als etwas Gegebenes betrachtet und daraus die juristische Unmöglichkeit des Beitritts deducirt.

Oder soll es unmöglich sein, daß drei Personen einen zweiseitigen Vertrag schließen, um ähnliche Effecte hervorzurufen, wie sie sonst der Vertrag zu Gunsten des Dritten erzeugt? Das wird man doch wohl nicht behaupten wollen. Von diesen „zweigliedrigen" Geschäften im engeren Sinne war bereits wiederholt die Rede. Das gewöhnlichste Beispiel bietet der gespaltene Kaufvertrag, dessen Formen unseren Notaren bei der juristischen Fassung von bäuerlichen Gutsabtretungen so geläufig sind: z. B. der A verkauft dem B sein Grundstück, der B verpflichtet sich, den Kaufpreis dem C zu zahlen, C, der dem Vertragsabschlusse beigezogen wird, nimmt das Versprechen an. Das ist doch juristisch möglich? Wenn nun A und B zunächst allein die entsprechenden Erklärungen austauschen, um

[11]) Anders Karlowa, S. 72, dem die Annahme seitens des Dritten nicht denkbar ist. „Denkbar wäre ein Beitritt in dem Sinne einer mitwirkenden Thatsache, vergleichbar dem Erbschaftsantritte von Seiten des Delaten gegenüber dem Testament oder im Sinne einer entscheidenden Thatsache, vergleichbar der Annahme des Legats vom Standpunkte der Proculejaner".

[12]) Bähr, Urth., S. 84 fg.

[13]) S. 167.

sich sodann mit dem C in's Einvernehmen zu setzen, so kann doch wohl der C nachträglich annehmen, d. h. beitreten?[14])

Es kommt in der That sehr oft vor, daß Geschäfte, die nach der herrschenden Theorie und Praxis auch ohne Beitritt vollwirksame Verträge zu Gunsten des Dritten wären, unter Zuziehung des Dritten geschlossen werden. Der eben erwähnte Fall der Gutsabtretung fällt unter diesen Gesichtspunkt. Die Beiziehung des Dritten ist nicht immer möglich; aber wenn sie möglich ist — wie z. B. wenn für die Frau des Uebergebers eine Rente bedungen wird — läßt der vorsichtige Notar gerne den Dritten am Vertragsschlusse theilnehmen, er läßt ihn das Versprechen acceptiren, die Urkunde mit unterfertigen. Der ganze Vertrag erscheint vernünftig stilisirt, nirgends etwas Unbegreifliches, der Natur des Contracts Widersprechendes, juristisch Unmögliches. Höchstens ein Entbehrliches, ein Moment, das man hätte umgehen können.

Oft ist aber das Requisit des Beitrittes nicht zu umgehen. Vor allen Dingen halten die Particularrechte an demselben fest und die gesetzliche Nothwendigkeit erweist sich kräftiger als die theoretische Unmöglichkeit.

Nach bayrischem Rechte muß der Vertrag von dem Dritten „nach der Hand ratificirt oder angenommen" werden.[15]) Nach preußischem Rechte erlangt der Dritte erst dann ein Recht, wenn er dem Vertrage „mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten ist"[16]). Nach französischem Rechte wird die stipulation au profit d'un tiers erst unwiderruflich, „si le tiers a déclaré vouloir en profiter".[17]) Dasselbe Recht gilt in Italien[18])

---

[14]) Man wird sich dagegen gewiß nicht auf das „Requisit der Einheit der Handlung" (unitas actus) berufen dürfen, denn dieses besteht für uns nicht mehr. Vgl. Eneccerus, Rechtsgeschäft, 1. Bd., S. 221 und 269 ff. Aber worauf könnte man sich sonst berufen?

[15]) Cod. Maximilianeus, IV, Cap. 1, § 13. Der bayrische Entwurf von 1860, Art. 33, läßt die Rechte des Dritten erst entstehen, „wenn er nach vorgängiger Aufforderung seitens der Abschließenden oder eines derselben dem Vertrage beigetreten ist".

[16]) A. L. R. I, 5, § 75.

[17]) Cod. civil, Art. 1121. Bezüglich der Auslegung dieses Artikels schließt sich Tartufari, S. 134, Note 4 der Auffassung Regelsberger's (s. unten Note 21) an, welche den französischen Juristen fremd ist.

[18]) Cod. civil, Art. 1128. Im Hinblicke auf die Auffassung Regelsberger's erscheint es bemerkenswerth, daß auch der Turiner Gerichtshof in der Begründung der von Tartufari, § 65, Nr. XXV, mitgetheilten Entscheidung vom 8. September 1882 erklärt: „D'altronde l'accettazione non potera a termini del detto art. 1128 avere altro scopo che quello di impedire la revoca."

und Holland.[19]) Nach sächsischem Rechte[20]) erlangen der Dritte und dessen Rechtsnachfolger „ein unabhängiges selbständiges Recht aus dem Vertrage von der Zeit an, wo sie dem Vertrage beitreten oder die zu Gunsten des Dritten gereichende Leistung annehmen". Nach dem Schweizer Obligationenrechte[21]) kann der Gläubiger (nämlich der zunächst forderungsberechtigte Promissar) den Schuldner nicht mehr entbinden, „sobald der Dritte dem Letzteren erklärt hat, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen". Auch nach dem Rechte der russischen Ostseeprovinzen erlangt der Dritte nur durch seine Acceptationserklärung ein selbstständiges Recht.[22])

Dazu kommt nun noch, daß — auch nach gemeinem und österreichischem Rechte — die Contrahenten zweifellos den Beitritt des Dritten vorschreiben können. Der gründliche Tartufari[23]) sieht sich daher genöthigt, auch derartige Fälle zu construiren, nei quali, pur concorrendo gli elementi di un vero e proprio contratto a favore di un terzo, i

[19]) B. W. Art. 1351 bis 1354. Noch weiter ging der holländische Entwurf von 1820, der beiden Theilen bis zur Annahme das Widerrufsrecht zugestand. Art. 2313: „. . . zoodat het vóór die aanvaarding aan den belover evenzeer vrij staat zijne belofte te herroepen, als het den bedinger geoorloofd is van het regt, door die belofte verkregen, ook zonder tusschenkomst van dien derden af te zien." Das Wort aanvaarding ist hier gleichbedeutend mit aanneming (acceptatie). Moltzer, S. 342, Note 4. Auf diese Regelung des Verhältnisses würden die Bemerkungen Gareis' (S. 44 fg.) Fall γ passen. Willkürlich ist die Behauptung Gareis', daß die Annahme des Dritten ihrerseits der Annahme seitens der Contrahenten bedürfen, und daß der Promissar hier zum bedeutungslosen Figuranten herabsinken würde. Vielmehr liegt bereits vor dem Beitritte ein (noch unvollendetes) Rechtsgeschäft vor und ist der Promissar an der causa obligandi, wie bei allen Verträgen zu Gunsten Dritter, wesentlich betheiligt.

[20]) Bürg. Gesetzb., § 854.

[21]) Art. 128. Diese Bestimmung beruht auf Art. 208 ff. des Dresdener Entwurfes. Vgl. zu letzterem Gareis, S. 181 ff., und (besser) Tartufari, S. 254 ff. Regelsberger, H. R., S. 477, und Archiv, S. 13, meint, daß das Schweizer Obl. R. wie das französische von der Zustimmungserklärung „nur" die Unentziehbarkeit des Rechtes des Dritten abhängig mache. Vgl oben § 7, Note 7. Dagegen meint Gierke, Zeitschr. f. H. R., 29. Bd., S. 284, und Entwurf, S. 222, Note 1, daß der Bestimmung des Schweizer Obl. R., Art. 128, Abs. 2, die von ihm auch für das gemeine Recht vertheidigte Ansicht zu Grunde liege, „nach welcher der Dritte das für ihn hingestellte Recht sich angeeignet haben muß, um dasselbe zu haben".

[22]) Prov. Recht, Art. 3116—3118; Erdmann, Privatrecht der Ostseeprovinzen Liv-, Esth- und Curland, 4. Bd., S. 139 fg.

[23]) S. 302 fg., besonders S. 303, Note 1.

contraenti abbiano espressamente dichiarato che al terzo stesso allora soltanto si acquisti il diritto alla prestazione rispettivamente promessa e stipulata, quando sia sopravvenuta entro un dato termine una dichiarazione di accettazione da parte sua, mutando si, per esempio, in difetto di essa, la direzione del contratto o a favore dello stipulante o a favore di un' altra persona designata. Mit Recht zieht endlich Tartufari auch diejenigen Verträge — mag man sie nun Verträge zu Gunsten Dritter nennen wollen oder nicht — hieher, bei denen der Dritte mit dem neuen Rechte auch eine Last übernehmen soll.

In allen angeführten Fällen ist der Vertrag nicht früher perfect, als bis der Dritte beitritt, er kann aber schon früher zwischen den beiden ersten Contrahenten Rechtswirkungen (Gebundenheit) erzeugen. So kann, z. B. der Promissar seine Gegenverpflichtungen sogleich erfüllen und kann wenn er dies gethan hat, das Geleistete innerhalb der Beitrittsfrist nicht aus dem Grunde zurückfordern, weil der Vertrag nicht perfect geworden sei. Abgesehen davon kann auch bei ausbleibender Annahme seitens des Dritten das Geschäft in irgend einer Form wirksam bleiben, z. B. weil dem Promissar vereinbarungsgemäß das Recht zusteht, einen andern Begünstigten zu substituiren. Durch den Beitritt verwandelt sich also das unvollkommene, gleichsam blos provisorisch zwischen zwei Contrahenten wirkende Geschäft in ein vollkommenes, drei Personen umspannendes, sowie sich überhaupt die bindende Offerte als ein ephemeres einseitiges Rechtsgeschäft durch die Annahme des zweiten Contrahenten in ein definitives zweiseitiges Rechtsgeschäft verwandelt, ohne daß wir darum berechtigt wären, ihr die Annahme als besonderes Rechtsgeschäft gegenüber zu stellen.[24]) Der Vertrag mit zwei Contrahenten hat also zwei, der mit drei Contrahenten drei Stadien der Wirksamkeit zu durchlaufen.

Es scheint, daß Tartufari der hier abgelehnten Auffassung zuneigt.[25]) Ganz bestimmt spricht dieselbe Gareis[26]) aus:

[24]) Vgl. (gegen Köppen) Hasenöhrl, 1. Bd., S. 338, Note 9.

[25]) S. 302 fg. Er nimmt an, daß zunächst zwischen den beiden ersten Contrahenten ein perfecter, suspensiv bedingter Vertrag zu Stande kommt. Wenn der Dritte beitritt, geht die Bedingung in Erfüllung, und es entsteht „un nuovo contratto fra lui e i due contraenti originarî, divenendo cosi parte contraente egli stesso". Ob beide Contracte nebeneinander bestehen, oder ob der zweite lediglich als eine Erweiterung des ersten angesehen werden soll, ist nicht zu ersehen.

[26]) S. 166 fg. Vgl. dagegen Beseler, System, 1. Bd., § 102, Note 4: „In dem Worte Beitritt ist schon ausgedrückt, daß der erste Vertrag an sich be-

„Wenn das Wesen des obligatorischen Vertrages darin liegt, daß von der einen Seite eine bestimmte Leistung versprochen, von der andern Seite dieses Leistungsversprechen angenommen wird, so ist der durch den „Beitritt" des Dritten perfect gewordene Vertrag etwas anderes, ein anderer Vertrag als der Vertrag unter den beiden ersten Contrahenten."

Dabei ist übersehen, daß auf der „andern Seite" zwei Contrahenten stehen können, d. h. daß es zweigliedrige Geschäfte gibt und daß nichts den Gesetzgeber hindert, deren successive Errichtung zu gestatten.

§ 11. Fortsetzung. — Entbehrlichkeit des Beitrittes nach gemeinem und österreichischem Rechte, sowie de lege ferenda.

Die ernsteste Einwendung gegen die Beitrittstheorie ist der Hinweis auf das positive Recht, denn auch abgesehen von den oben § 8 angeführten Ausnahmen verlangen die Quellen des römischen Rechts in keinem der hieher gehörigen Fälle ausdrücklich die Acceptation des Dritten [1]), und das Gewohnheitsrecht, dem man die Zulassung der wichtigsten Verträge zu Gunsten Dritter zuschreibt, scheint gleichfalls die Annahme seitens des Dritten eher auszuschließen als zu fordern. Die gerichtlichen Entscheidungen nämlich, in denen das Gewohnheitsrecht seinen Ausdruck findet, sehen theils von der Annahme ab, theils rauben sie diesem vermeintlichen Erfordernisse dadurch seine ursprüngliche Bedeutung, daß sie die Annahme an keine Frist und an keine Form binden und vielfach die Klage selbst als rechtzeitige und ausreichende Annahme gelten lassen. Den österreichischen Juristen aber bietet die herkömmliche Auslegung des § 1019 a. b. G. B. die Möglichkeit, die Annahme als entbehrlich hinzustellen.

Richtig ist, daß man, soferne mit dem Erfordernisse der Annahme Ernst gemacht wird, zu Consequenzen gelangt, die der Natur der einzelnen in Betracht kommenden Geschäfte, der Verkehrssitte, dem Willen der Contrahenten widerstreben.

Anderseits erscheint es selbstverständlich, daß invito ac nolenti non obtrudatur beneficium. [2]) Wo das positive Recht nicht aus besonderen

stehen bleibt, und dem Rechtsverhältniß nur eine selbständig berechtigte Person hinzugefügt wird." Für das französische Recht wird die Nothwendigkeit zweier getrennter Contracte ganz allgemein vertheidigt von (dem älteren) Laurent. Vgl. dagegen Tartufari, S. 97 fg.

[1]) Unger, S. 65; Regelsberger, Archiv, S. 14; Tartufari, S. 42, Note 2 und S. 133; Massa, Contratti in favore etc., S. 76 ff.

[2]) l. 69 Dig. de reg. iur. cfr. l. 156, § 4, eod. Vgl. Gierke, Entw., S. 222.

Ursachen dem Dritten seinen Vortheil (wie z. B. ganz allgemein die Liberation, oben § 8) aufzwingt, muß es ungerechtfertigt erscheinen, daß die Contrahenten gegen den Willen des Dritten und ohne solche besondere Ursache — also zwecklos — gebunden werden und nur durch einen förmlichen Verzicht des Dritten auf das bereits wider Willen erworbene Recht (Erlaßvertrag) wieder frei werden sollen. Regelsberger[3]) begegnet diesem Einwurfe mit der Frage: „Ist diese Folge so bedenklich? Ist die für den Dritten dadurch geschaffene Lage so bedauernswerth, daß das positive Recht Grund hätte, ihn davor zu schützen? Steht es doch völlig in seiner Willkür, ob er seinen Rechtserwerb praktisch nutzen will; er trägt also daran nicht schwer.“[4]) Allerdings der Dritte ist nicht bedauernswerth, da man ja sonst auch denjenigen bedauern müßte, der gegen seinen Willen ex delicto oder ex variarum causarum figuris Rechte erwirbt. Bedauernswerth aber sind — unter Umständen — die in ihrer Verfügungsfreiheit zwecklos beschränkten Contrahenten.

Ganz anders als Regelsberger nimmt zu der vorliegenden Frage Tartufari — gewiß kein Anhänger der Beitrittstheorie — Stellung. „Senza dubbio,“ sagt er[5]), „è necessario, da parte del terzo, un atto di volontà pel quale esso deliberi di approfitare o meno del diritto onde fu investito, per chio che *notorii juris est*, *quod invito ac nolenti non obtrudatur beneficium.*“ Er gelangt zu dem Schlusse, daß bei den Verträgen zu Gunsten Dritter eine Annahme seitens des Dritten allerdings stattfinden müsse, schreibt dieser jedoch nicht die Bedeutung der Acceptation einer Vertragsofferte, sondern eine der Annahme des Legates analoge Function zu.[6])

Dem Gedankengange Tartufari's entspricht die Bestimmung des deutschen Entwurfes, I, § 415, II, § 285, welche in ganz gleicher Weise motivirt erscheint[7]): „Der Erwerb des Forderungsrechtes, welcher nach dem Inhalte des Vertrages ohne Zuthun oder Mitwirkung des Dritten für diesen erfolgen soll (§ 412), entspricht möglicherweise dem Willen und den Intentionen des Dritten nicht. Ihm ein Forderungsrecht aufzudrängen

[3]) Archiv, S. 12.

[4]) Aehnlich Molitor, S. 366: Die bevoegdheit sluit volstrekt niet in zich de verplichting om ook van die bevoegdheit gebruik te maken.

[5]) S. 358.

[6]) Vgl. oben § 10, Note 11.

[7]) Motive (I. Lesung), II, S. 271 fg.

liegt kein Grund vor.“ [8]) Und doch steht der Entwurf sonst nur allzusehr auf dem Boden der herrschenden Lehre.

Nach dem Rechte des deutschen Entwurfes erwirbt der Dritte das ihm zugedachte Recht ohne Acceptation; er kann also ohneweiters klagen, und damit wird die wunderliche Nöthigung erspart, die Anstellung der Klage zu einem Theile der Klagsbegründung, zu einer juristischen „causa sui“ zu machen. Dessenungeachtet kann er den Rechtserwerb ablehnen [9]): „Weist der Dritte das aus dem Vertrage erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurück, so gilt das Recht als nicht erworben.“ (§ 285, II. Lesung.)

Man kann sich keine billigere, keine dem Zwecke des Vertrages, dem regelmäßigen Willen aller Betheiligten, der Anschauung des Volkes in höherem Maße entsprechende Ordnung denken — de lege ferenda.

Was aber das geltende gemeine Recht betrifft, so ist nicht zu verkennen, erstens, daß jene eigenthümliche Beziehung, in welche der Entwurf den Rechtserwerb zum Willen des Erwerbers setzt, vorläufig nur bei den Legaten [10]) ein Analogon findet, und zweitens, daß die Gründe, die uns jenes Verhältniß bei den Verträgen zu Gunsten Dritter so natürlich und so zweckmäßig erscheinen lassen, gleichmäßig bei allen rein lucrativen Offerten zutreffen.

Für diese aber hält die Doctrin — vielleicht ohne eine in den Quellen liegende Nöthigung, vielleicht auch im Widerspruche mit einem nach Anerkennung ringenden Gewohnheitsrechte — unentwegt an dem Erfordernisse der Acceptation fest, indem sie sich gegenüber den widerstreitenden Lebenserscheinungen mit Präsumtionen und nicht selten geradezu mit Fictionen behilft.

[8]) Sogar die Verweisung auf den Legatserwerb (und den hier gleichartigen Erwerb der Erbschaft) fehlt nicht. S. 272, Note 1.

[9]) Vgl. § 415, Entw., I. Lesung; als zwecklos getadelt von Seuffert, Beiträge, S. 71: Diese Fiction „verführt höchstens zur Annahme, daß die Zurückweisung der Forderung von den Gläubigern nicht angefochten werden kann. Sonst macht es kaum einen Unterschied, ob man die Forderung mit der Zurückweisung erlöschen läßt oder die Rückwirkung annimmt.“ Wie steht es mit der Gebührenpflicht? Wie mit Früchten und Zuwachs der Zwischenzeit? Mit inzwischen (z. B. durch Execution) erworbenen Rechten dritter Personen? Mit den Vorschriften über Legitimation (z. B. des Vormundes), Form u. dgl. bei Verzichtleistungen auf bereits erworbene Rechte?

[10]) Oder auch bei der Auslobung? Vgl. Karlowa, Rechtsgeschäft, S. 275.

Schon der Codex Theresianus (III, Cap. 2, Nr. 88 sq.) bestimmte, daß, wenn die fürwaltende Handlung lediglich zum Vortheil und Nutzen des Schweigenden gereiche, die Zusage oder Schenkung für angenommen zu halten sei, „sobald derjenige, deme sie geschiehet, gegenwärtig ist und darzu stillschweiget oder auch der Abwesende auf davon erhaltene schriftliche Nachricht oder mündliche Botschaft[11]) nicht widerspricht und solche vor Zustellung des Schreibens oder Ausrichtung der Botschaft von dem Zusager nicht widerrufen wird". Ebenso wurde anläßlich der Codification des österr. bürg. Rechtes von der Wiener juristischen Facultät die Frage aufgeworfen, „ob bei Versprechen, die dem Annehmer blos zum Vortheile gereichen, die Annahme nicht vermuthet werden sollte, nach der Regel: qui tacet, consentire videtur, indem der Beweis sonst in vielen Fällen sehr schwer sein dürfte".[12]) Diese sehr beachtenswerthe Anregung blieb unberücksichtigt. Dennoch erklärt ein hervorragender Kenner des österreichischen Rechtes[13]) die vermeintliche Entbehrlichkeit der Annahme des Dritten im Falle der § 1019 a. b. G. B. gerade daraus, daß es sich hier lediglich um eine Berechtigung des Dritten ohne Gegenverpflichtung handelt, „und die Annahme eines Vortheils läßt sich unbedenklich auch aus Umständen entnehmen, die sich sonst als stillschweigende Willenserklärung nicht darstellen würden". „Jedermann läßt sich eben gerne Rechte ertheilen."[14]) Für das Handelsrecht bemerkt Regelsberger[15]): „Auf einen Antrag, welcher reinen Vortheil des Antragsempfängers bezweckt, wird im Verkehre eine ausdrückliche Erklärung der Annahme nicht

---

[11]) Vgl. hiezu Pfaff, Codex Theresianus (Jur. Bl. 1885), S. 292.

[12]) Ofner, Urentwurf, II, S. 5. Ebenso schlug die Freiburger Facultät vor: „Jedermann willigt ein in dasjenige, was ihm Vortheil bringt." (Daselbst, S. 8.) Vgl. auch A. L. R., I. 11, § 1059 und darüber Siegel, S. 14, Note 15.

[13]) Krainz, System, 2. Aufl., 1. Bd., S. 318 fg. Vgl. auch die Motive der Entsch. R. G. II, Nr. 16 und dazu Cohen, S. 45, Note 102.

[14]) Vgl. Höpfner, Commentar, § 335; Wiener Heineccius, I, S. 528; Glück, 4. Bd., S. 102.

[15]) Handbuch, 2. Bd., S. 450. Vgl. Regelsberger, Pandekten, 1. Bd., S. 554. Ein specieller Fall: Regelsberger, Göttinger Festgabe, S. 73. In überzeugender Weise zeigt Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung, S. 225 ff., daß einseitige Willenserklärungen, welche nur den Erklärenden allein belasten, zu ihrer Wirksamkeit einer Annahme nicht bedürfen, während die Möglichkeit der Ablehnung (abgesehen von den Fällen der Ratihabition, S. 237) nicht ausgeschlossen ist. Zu weit geht m. E. Dernburg, Pandekten, 2. Bd., § 9 (S. 24).

erwartet, das Stillschweigen gilt als Annahme.“ Wenn das richtig ist, so kann man als Regel aufstellen, daß zum Zustandekommen eines angetragenen onerosen Geschäftes die Annahme und zum Nichtzustandekommen eines angebotenen lucrativen Geschäftes die Ablehnung erforderlich sei, während zur Vereitelung des ersteren und zur Vollendung des letzteren nur das bloße Stillschweigen, d. h. nichts verlangt werde.

Es kann hier unmöglich im Vorbeigehen in eine Kritik der herrschenden Vertragslehre eingegangen werden. Aber daß die Bedeutung der Ablehnung im Obligationenrechte viel zu wenig untersucht und gewürdigt wird, darf wohl behauptet werden. Das Natürliche wäre doch wohl die Ablehnung der Annahme gleichberechtigt gegenüberzustellen und die Offerten zu unterscheiden in annehmbare, die zunächst nur eine beschränkte Gebundenheit erzeugen, und in ablehnbare, d. h. Pollicitationen (Versprechen), die zunächst das Recht selbst erzeugen, jedoch (nach der Art der Legate) ex tunc abgelehnt werden können. In die letztere Kategorie würden die von Regelsberger a. a. O. charakterisirten Offerten fallen.

Die herrschende Vertragstheorie, welche an der Nothwendigkeit der Acceptation des Berechtigten auch bei lucrativen Geschäften festhält, wird deren Entbehrlichkeit gerade bei den Verträgen zu Gunsten Dritter vielleicht zugeben, aber gewiß nicht erklären können. Gleichwohl liegt in der beschränkteren Aufgabe der vorliegenden Abhandlung keine Nöthigung, den Boden der herrschenden Theorie zu verlassen. Berechtigt uns doch die Thatsache, daß die Verträge zu Gunsten Dritter nicht durch, sondern gegen die gemeinrechtliche Vertragstheorie vermöge eines unabweisbaren Bedürfnisses sich Bahn gebrochen und damit zugleich, unbeirrt von doctrinären Schwierigkeiten, die natürlichste und zweckmäßigste rechtliche Ordnung erstiegt haben, ihnen für alle Fälle eine Ausnahmsstellung zuzuweisen, indem wir, wenn wir uns schon auf den Boden der herrschenden Theorie stellen, immerhin annehmen dürfen, daß wenigstens in Ansehung der Verträge zu Gunsten Dritter die Rechtsentwicklung dem allgemeinen Vertragsrechte vorausgeeilt sei, einfach weil sie dem Verkehrsbedürfnisse selbst entsprungen ist und ihm, wie einer ausschließlich maßgebenden Richtschnur, auf das Innigste sich angepaßt hat. Aus denselben Gründen also, die die Beseitigung des Annahmeerfordernisses bei allen lucrativen Offerten und dessen Ersatz durch die Ablehnbarkeit zu gebieten scheinen, wird wenigstens bei den Verträgen zu Gunsten Dritter diese Ordnung des Verhältnisses — also genau der im deutschen Entwurfe enthaltene Rechtssatz — auch für das geltende gemeine Recht zu behaupten sein.

Nichts kann deutlicher den Bestand dieses Gewohnheitsrechtssatzes nachweisen als die in der Praxis[16]) so verbreitete Auffassung der Klage des Berechtigten als Annahme oder Beitritt.[17]) Nach der treffenden Bemerkung Siegel's (S. 152) „legen alle Schriftsteller und Urtheile, welche das Versprechen dadurch, daß daraus geklagt wird, angenommen sein lassen, in Wahrheit Zeugniß dafür ab, daß der Dritte aus dem Versprechen, ohne dasselbe angenommen zu haben, berechtigt sei“ [18]) — genauer: „ohne die Annahme erklärt zu haben“. Denn das kann man allerdings sagen, daß der klagende Dritte schon vor Anstellung der Klage den Willen gehabt habe, den ihm zugedachten Vortheil zu erwerben — sonst hätte er eben nicht geklagt.

Aber anderseits: wenn die Klage als die Erklärung dieses Willens gelten kann, so heißt das nichts anderes, als daß der Dritte jederzeit ohneweiters klagen kann, daß also eine Annahmeerklärung nicht Voraussetzung seines Klagerechtes ist.

Sowohl nach der Beitrittstheorie als nach der hier vertretenen Anschauung besteht bis zur Kundgebung des Willens des Dritten ein Zu-

---

[16]) Auch in der Theorie — und zwar, was besonders charakteristisch ist, nicht blos in Beziehung auf die Verträge zu Gunsten Dritter — begegnet uns immer wieder der Gedanke der Annahme durch Klage. Siegel (S. 15) findet ihn bereits bei J. H. de Berger ausgesprochen (Quamvis non acceptarit, inde tamen recte agit, cum agendo acceptare intelligatur). Für die Verträge zu Gunsten Dritter haben Beseler und Busch die Zulässigkeit eines derartigen Beitrittes vertheidigt.

[17]) Vgl. z. B. Seuffert, II 213, XI 133, XII 284, XXI 39, XXVII 17, XXXIII 12; für Oesterreich Slg. 567, 1693, 1703, 2953, 2966, 6009, 6667, 8832, 8908, 9737, 10.780, 11.236, 12.909, 13.007, 13.458 (entgegengesetzt 7298, 7538). Ebenso judiciren die ausländischen Gerichte. Vgl. die italienischen Entscheidungen bei Tartufari, § 65, Nr. 18 und 21; eine französische bei Laurent, S. 118 fg.; Erdmann, Privatrecht der Ostseeprovinzen, 4. Bd., S. 139, Note 3, führt für die auch von ihm vertretene Ansicht, daß die Acceptation in der Klage des Dritten liege, ein Urtheil des livländischen Hofgerichtes vom 6. Mai 1868 an. Vgl. auch Ehrlich, S. 236, Note 52 und S. 105, Note 10. Selbst die einredeweise Berufung auf einen (liberirenden) Vertrag zu Gunsten des Dritten wird als genügende Zustimmungserklärung aufgefaßt: Entsch. des O. G. H. vom 14. August 1889, Z. 9273, Mat. Reg. 173, Slg. 12.862.

[18]) Ebenso Tartufari (S. 360 fg.): „... non è forse come se e dottrina e giurisprudenza esplicitamente riconoscessero essersi dal contratto acquistato già al terzo, per solo effetto della volontà delle parti, quel diritto ch'egli poi fa valere in via d'azione?“ Vgl. auch Gareis, S. 114, Stobbe, S. 120 fg. und 124, Note 45, Hasenöhrl, S. 457, Note 40, Danz, S. 130, Note 3.

stand der Ungewißheit, aber die interimistische Regelung ist verschieden. Denn nach jener ist der Dritte nur dann berechtigt, wenn er annimmt, nach dieser nur dann nicht berechtigt, wenn er ablehnt.[19]) Jene muß die Klage zu einem Theile ihres eigenen Fundamentes machen, um sie begründet erscheinen zu lassen, was widersinnig ist.[20]) Für diese ist die Klage ohneweiters begründet, ihre Anbringung aber immerhin die (nicht zum Klagefundamente gehörende) Kundgebung des Annahmewillens in dem Sinne, daß nun nicht mehr (mit rückwirkender Kraft) abgelehnt werden kann — quod reprobare non possim semel probatum. Die Function der Klage als nachträgliche Annahmeerklärung[21]) kann außerdem auch die Bedeutung haben, daß ein allfälliges dem Promissar bis zur Annahme zustehendes Verfügungsrecht nunmehr erlischt.[22]) Endlich kann die Annahme, in welcher Form und wann immer sie erklärt sein möge, sehr wichtig sein für das interne Verhältniß zwischen dem Dritten und dem Promissar. Dies zeigt sich namentlich bei der privativen Schuldübernahme, auf welche sich die weitaus meisten der oben Note 17 citirten Entscheidungen beziehen.[23]) Der Dritte (Gläubiger) kann allerdings jederzeit ohne vorherige

[19]) Das sächsische B. G. B. regelt im § 854 die Wirkungen des Beitrittes und im § 856 die des Verzichtes des Dritten. Was ist rechtens, wenn der Dritte ausdrücklich weder beitritt, noch verzichtet?

[20]) Einen Fall einer derartigen Klage könnte man gleichwohl in l. 66 D. de fidejuss. 46, 1 finden: „Si servus alienus pro Titio fidejussit et solvit, liberatur Titius, si dominus mandati contra eum agere instituit: nam qui mandati agit, ratam habere solutionem videtur." Indessen ist für den dominus die actio mandati aus der Person des Sclaven jedenfalls sofort (unabhängig von der ratihabitio) begründet und könnte daher die Nichtbewirkung der Liberation wohl nur einredeweise geltend gemacht werden. Die in der Klage liegende ratihabitio gehört demnach nicht zum Klagefundamente. Vgl. über die hier eintretende Spaltung der vortheilhaften und der nachtheiligen Seite desselben Geschäftes und die Nothwendigkeit der Einrede unten §§ 20 und 30.

[21]) Genauer: als Beweis (oder Geständniß) der stillschweigend erfolgten Annahme — relevant so weit überhaupt die Regel der l. 8, § 1 D. de proc. 3, 3 (invitum accipere ꝛc.) gilt. Vgl. die Motivirung der Entscheidung des O. G. H. vom 5. November 1885, Z. 11.321, Gl. U. 10.780, derzufolge „das rechterzeugende Moment" nicht in der Einbringung der Klage, sondern in dem zu Gunsten des Klägers geschlossenen Vertrage liegt, während die Klage lediglich seine Einwilligung „manifestirt". Bezüglich der Bedeutung dieser Manifestation ist zu beachten, daß es sich um eine Assignation handelte.

[22]) Hieher gehört z. B. der Fall des Art. 405 H. G. B. Vgl. ferner die von Tartufari, S. 363, Note 9, citirten Entscheidungen.

[23]) Vgl. Windscheid, Pandekten, § 338, Note 5.

Acceptationserklärung den Uebernehmer belangen.[24] Er kann auch jederzeit ablehnen. Aber er kann immer nur eines oder das andere, er kann also, wenn ausdrücklich privative befreiende Schuldübernahme intendirt ist, nicht den Uebernehmer klagen (also annehmen) und mit ihm zugleich auch den ursprünglichen Schuldner also ablehnen.[25]

§ 12. Vorläufige Ergebnisse.

Unsere bisherigen Betrachtungen haben zu folgenden Ergebnissen geführt:

1. Die Verträge zu Gunsten Dritter sind in der Regel für die Contrahenten wechselseitig verpflichtend, sobald die Willenserklärungen derselben ausgetauscht sind.

2. Dem Dritten erwächst nur ausnahmsweise sofort mit dem Abschlusse des Vertrages das Recht, den ihm zugedachten Vortheil klage- oder einredeweise geltend zu machen (§ 8).

3. In der Regel entsteht das Recht des Dritten, sich auf den Vertrag zu berufen, erst, wenn ihm derselbe in irgend einer Weise von den Contrahenten freiwillig kundgemacht worden ist.

4. Die Annahme seitens des Dritten ist in der Regel nicht positive Voraussetzung seines Rechtes, daher sie keiner Erklärung bedarf, wiewohl sie aus der Ausübung (z. B. Einklagung) erschlossen werden kann und anderweitige Wirkungen nach sich zu ziehen vermag. Dagegen ist (negative) Voraussetzung die Nichtablehnung. Die Ablehnung wirkt also zurück. Sie bedarf der Erklärung.

Diese Rechtssätze wurden vorläufig fast nur durch Erwägungen allgemeiner Natur — Rechtsanalogie, Bedürfnisse des Verkehrs u. dgl. — gerechtfertigt. Für den ersten Satz, der mit der herrschenden Lehre übereinstimmt, wird kein weiterer Nachweis gefordert werden. Das Gleiche gilt von den sub 2 angeführten, übrigens bereits eingehend erörterten Ausnahmen, welche ja nach der herrschenden Lehre die Regel bilden sollen.

[24]) Regelsberger, Hdb. 2, S. 537; Unger, Schuldübernahme, S. 30, Note 49; Adler, Passivenübergang, Archiv für bgl. Rt., 3. Bd., S. 25. Vgl. l. 2 C. de pactis 2, 3.

[25]) Vgl. Danz, S. 145 fg., insbesondere Note 3; Unger, Schuldübernahme, S. 12, vor Note 39. Die scheinbar entgegengesetzte Ansicht Stobbe's S. 223, Note 21, bezieht sich wohl nur auf den Fall, daß über die Befreiung des ursprünglichen Schuldners im Vertrage nichts bestimmt ist, d. h. eben daß nicht wirklich nur privative Schuldübernahme gewollt und erklärt ist.

Dagegen entspricht dieser Lehre der dritte Satz gar nicht[1]) und der vierte ist ihr wenigstens theilweise, nämlich hinsichtlich der rückwirkenden Kraft der Ablehnung, fremd. Während nun diese letzte Behauptung nicht anders gerechtfertigt werden kann, als bereits geschehen ist[2]), bedarf die ungleich wichtigere Lehre von der Nothwendigkeit der Verständigung, welche bisher nur im Geltungsgebiete des österreichischen Rechtes im Hinblicke auf § 1019 a. b. G. B. zur Herrschaft gelangt ist, für das gemeine Recht des positiven Beweises. Hiefür wäre nun bei dem Abgange allgemeiner gemeinrechtlicher Normen über die Verträge zu Gunsten Dritter der Weg der Induction zu betreten und zu diesem Zwecke in eine Erörterung der einzelnen, sehr verschieden gearteten Kategorien der Verträge zu Gunsten Dritter einzugehen, d. h. ein „specieller Theil" dieser Lehre zu bieten. Auf eine derartige, im Uebrigen gewiß beinahe fruchtlose Arbeit — die Zusammenstellung verschiedener Rechtsinstitute unter einem Gesichtspunkte, der für alle gleichmäßig unwesentlich ist[3]) — wird man wohl gerne verzichten. Es muß daher genügen, diejenigen Geschäfte hervorzuheben, welche für die Entwicklung der Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter von besonderer Bedeutung gewesen sind, und für welche ein hinlängliches

[1]) Vgl. dagegen Krasnopolski, Grünhut's Zeitschr., 12. Bd., S. 516, der dem Dritten wenigstens ein unentziehbares Recht erst von dem Momente der Verständigung an zuerkennt.

[2]) Der Satz von der Ablehnbarkeit des Rechtswerbes seitens des Dritten enthält eine geringere Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des gemeinen Vertragsrechtes (nach der heute herrschenden Doctrin) als die Behauptung, daß der Rechtserwerb ohne alle Rücksicht auf den Willen des Dritten sich vollziehe; läßt sich also die herrschende Lehre in ihrem vollen Umfange nicht rechtfertigen, so bleibt man gleichsam von selbst auf dem halben Wege stehen. Man wird daher für jene — praktisch nicht allzu wichtige — Mittelmeinung, die ohnehin im Legatserwerbe eine Analogie findet, auf stricte Nachweisung eines Gewohnheitsrechtes verzichten können. Eine solche Nachweisung ist im Hinblicke auf die Seltenheit des Aufdrängens und Ablehnens von reinen Vortheilen nicht zu erbringen. Sind doch alle Erörterungen über den Effect der Ablehnung nach der richtigen Bemerkung Tartufari's „ipotesi più facili a immaginarsi nella teoria che non ad incontrarsi nella realtà, perciocchè nessuno è così stolto da stipulare a favore altrui quando vi abbiano serii e ragionevoli motivi di dubitare dell'accettazione del terzo" (S. 385).

[3]) Alle diese Geschäfte können nämlich auch unter Zuziehung des Dritten geschlossen werden; sie hören damit auf, Verträge zu Gunsten Dritter zu sein, ohne jedoch in ihrer Bedeutung und ihren Wirkungen eine wesentliche Aenderung zu erfahren. Die werthvollere gemeinsame Kategorie ist die der zweigliedrigen Geschäfte (Verträge mit Spaltung der Parteirollen).

positives Material vorhanden ist. Dabei dürfen aber selbstverständlich gerade Geschäftsformen, welche zu Zweifeln an der Richtigkeit des zu erweisenden Satzes Anlaß geben, am wenigsten übergangen werden.

Indem wir nun der bunten Mannigfaltigkeit des Besonderen näher treten, dasselbe aber nur nach der Seite des Kundmachungserfordernisses in Betracht ziehen, haben wir Gelegenheit, die verschiedenen Formen der Kundmachung (öffentliche, private ꝛc.) und die Stufen derselben (Aeußerung, Vernehmung ꝛc.) genauer kennen zu lernen.

§ 13. Arten und Stufen der Kundmachung. Nachweis ihrer Bedeutung in besonderen Fällen.

Die Erfordernisse und die möglichen Arten der rechtswirksamen Kundmachung ergeben sich aus dem Zwecke und der Bedeutung der Kundmachung im Allgemeinen.

Nach der herrschenden Lehre könnte der Dritte, ohne irgend eine Verständigung erhalten zu haben, mittelst der actio ad exhibendum die Einsichtnahme in Privatbriefe erzwingen, in welchen er Vereinbarungen zu seinen Gunsten mit Grund vermuthen darf.[1] Wollen ihm die Contrahenten über eine zu seinen Gunsten getroffene mündliche Verabredung, von deren Bestand er durch irgend einen Zufall oder vielleicht nur durch die gröblichste Indiscretion Kenntniß erlangt hat, durchaus keine Mittheilung machen, so würde es ihm freistehen, den Promissar als Zeugen zum ewigen Gedächtnisse abhören zu lassen, um die nöthigen Grundlagen für die Klage gegen den Promittenten zu erlangen. So widerstrebenden Consequenzen uns zu entziehen, sind wir — ausgehend von dem Grundsatze, daß in der Regel die Correspondenz oder Conversation gleichsam ein Eigenthum der Correspondirenden oder sich Unterredenden bildet, also von denselben beliebig geheim gehalten werden darf, — für die Verträge zu Gunsten Dritter zu dem Erfordernisse der Kundmachung gelangt als der absichtlichen und befugten Mittheilung der Erklärungen der Contrahenten an den Dritten.[2]

---

[1] Denn da er nach der herrschenden Lehre das Recht bereits erworben hätte, würden die Briefe als für ihn gemachte Bekundungen über Thatsachen erscheinen, welche auf die Gestaltung seiner Vermögensverhältnisse eingewirkt haben (Windscheid, § 474, Z. 6).

[2] Anders Gareis, S. 247: „Die Geltendmachung des Rechts gegenüber einem demselben nicht entsprechenden Zustande, einer Klage oder einem sonstigen Anspruche ist natürlich, ohne daß der Bedachte den Erwerb erfahren hat, seinerseits

Mehr kann nicht erfordert werden. Es ist gleichgiltig, ob die Kundmachung gerade in der Absicht erfolgt ist, daß der Dritte Rechte erwerbe, genug, daß sie absichtlich veranlaßt wurde. Sie ist also eine juristische Handlung im weiteren Sinne, aber keine Willenserklärung, kein Rechtsgeschäft.

Die Kundmachung kann ferner der Perfection des Vertrages vorausgehen, sie begleiten[3]) oder — der gewöhnlichste Fall — ihr nachfolgen.

Sie kann endlich eine (in verschiedenem Umfange) allgemeine Verlautbarung[4]) oder eine besondere, blos an den Dritten gerichtete Verständigung sein.

Am schärfsten vielleicht und in den verschiedensten Formen tritt das Requisit der Kundmachung bei der Schuldübernahme hervor, und zwar sowohl bei der eigentlichen privativen — die der Genehmigung durch den benachrichtigten Gläubiger bedarf — als auch bei der sogenannten cumulativen (Beitritt als Mitschuldner) und bei der alternativen Schuldübernahme.[5])

---

nicht möglich; wie er ihn erfuhr, ob durch Mittheilung des Promittenten, des Promissars, eines Vierten oder eine amtliche oder nichtamtliche Publication u. dgl., ist vollkommen gleichgiltig."

[3]) Nämlich wenn der Dritte dem Abschlusse des Vertrages beiwohnt, wie z. B. bei der gerichtlichen Deposition der ad videndum deponi zugezogene Gläubiger. Verfehlt ist dagegen die Meinung Platner's (Civ. Arch. 50, S. 222), daß die bloße Vereinbarung, der Vertrag solle dem Dritten bekannt (offen) sein („wissentlich sei dem Dritten, daß der Vertrag zu seinen Gunsten abgeschlossen ist", Platner, a. a. O.), die Kundmachung ersetze. Denn die Verständigung oder Veröffentlichung ist (wie die Absendung eines Briefes) etwas Thatsächliches, das durch einen noch so intensiven Willensact nicht ersetzt werden kann. So lange dem Dritten noch nicht die factische Möglichkeit eröffnet ist, von dem Vertrage Kenntniß zu nehmen, kann nichts die Contrahenten hindern, den Vertrag sammt der Kundmachungsclausel aufzuheben. Platner sieht sich daher genöthigt, zur Stellvertretungstheorie seine Zuflucht zu nehmen. Vgl. Gareis, S. 126.

[4]) Die Veröffentlichung ist eine besonders häufige und wichtige Form der Kundmachung von Verträgen, aus welchen dritte Personen Rechte erwerben sollen. Vgl. Platner, S. 220 ff.

[5]) Wenn hier einiges Gewicht auf die Schuldübernahme gelegt wird, so geschieht es nicht blos deswegen, weil die herrschende Lehre die Schuldübernahme zu den Verträgen zu Gunsten Dritter rechnet. Meines Erachtens ist die Schuldübernahme (durch Vertrag zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem Uebernehmer) so wenig ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten (des Gläubigers) wie die Cession ein Vertrag zu Lasten eines Dritten (des Schuldners) ist. Denn die den Verträgen zu Gunsten Dritter charakteristische causale Beziehung (die Spaltung)

Für die privative Schuldübernahme versteht sich das Erforderniß der Verständigung seitens der Contrahenten für diejenigen von selbst, die in dem Uebernahmsvertrage blos eine Collectivofferte an den Gläubiger erblicken. Aber auch die vom deutschen Entwurfe acceptirte richtigere Auffassung der Genehmigung des Gläubigers als eines selbständigen Rechtsgeschäftes läßt die Verständigung nicht entbehrlich erscheinen. „In vielen Fällen," bemerken die Motive [6]), „wird ein solches unbeschränktes Zugriffsrecht des Gläubigers dem Wollen der Vertragschließenden keineswegs entsprechen. Sehr häufig wird denselben nichts ferner liegen als die Absicht, dem Gläubiger das Recht beizulegen, durch eine von ihnen gar nicht veranlaßte Genehmigung in das zwischen ihnen beredete Vertragsverhältniß einzugreifen und ihrem Rechte zur nachträglichen Aenderung oder Aufhebung des Vertrages zu präjudiciren. Die Vertragschließenden könnten auch durch das unbeschränkte Zugriffsrecht des Gläubigers in große Ungelegenheiten gerathen ꝛc." [7])

Aber auch die cumulative Schuldübernahme, die, weil sie keiner Genehmigung bedarf und einen offenbaren „favor" enthält, beinahe einmüthig zu den Verträgen zu Gunsten Dritter gerechnet wird, gewährt dem Gläubiger nach Stobbe [8]) ein Recht erst, wenn ihm „vom Schuldner der Uebernahmevertrag bekannt gemacht wird oder der Uebernehmer sich ihm gegenüber als Schuldner gerirt". Derselben Meinung ist Cohen [9]): „Der Rechtserwerb des Gläubigers vollzieht sich mit der Ausführung und

---

fehlt hier vollständig. „Die sonst für jede Vermögenszuwendung bedeutungsvolle Frage nach der Causa", bemerkt Menzel, Grünhut's Zeitschr., 11. Bd., S. 588 fg., „die Frage nach dem inneren Rechtfertigungsgrunde des Versprechens zu Gunsten Dritter kann hier im Gegensatze zu den sonstigen Fällen von Verträgen zu Gunsten Dritter gar nicht aufgeworfen werden." Allein gerade weil für die vorliegende Frage nur das Moment in Betracht kommt, in welchem Schuldübernahme und Vertrag zu Gunsten Dritter übereinstimmen (Möglichkeit der Klage ohne vorherige Annahmeerklärung), während der Differenzpunkt (die Causa) hier gleichgiltig ist, erscheint die Analogie zwingend. Im übrigen wird die Schuldübernahme unten § 23 genauer erörtert werden.

[6]) II, S. 144.

[7]) Diese Erwägungen treffen bei den „Versprechen der Leistung an einen Dritten" darum nicht weniger zu, weil bei diesen das Zugriffsrecht noch kräftiger (nicht durch Genehmigung bedingt) auftritt. Dennoch werden diese im Entwurfe blos durch das überspannte Willensprincip regulirt.

[8]) S. 220 fg.

[9]) S. 43 ff.

beziehungsweise Bekanntmachung des ihn begründenden Vertrages."[10]) Für das österreichische Recht wird im Hinblicke auf § 1019 a. b. G. B. ebenfalls die Nothwendigkeit der Verständigung behauptet.[11])

In der Praxis hat sich der Gedanke der Nothwendigkeit und zugleich der Zulänglichkeit der Kundmachung zuerst in Ansehung der Uebertragung der Passiven bei Veräußerung eines Handelsgeschäftes Bahn gebrochen.[12]) Das Lübecker Oberappellationsgericht[13]), diesem folgend das Reichsoberhandelsgericht[14]), dann das Reichsgericht[15]) und ebenso der österreichische oberste Gerichtshof[16]) gewähren dem Geschäftsgläubiger erst dann ein Klagerecht gegen den Uebernehmer, wenn der Uebergang der Passiven — nicht etwa nur die Thatsache der Veräußerung des Handelsgeschäftes[17]) — speciell oder allgemein durch Circular, Anschlag an der Börse, Veröffentlichung in der Zeitung, Eintragung in die Acten des Handelsregisters u. dgl. kundgemacht wurde.

Dasselbe gilt aber auch für den nicht minder häufigen Fall der Schuldübernahme bei Erwerbung von Realitäten; hier findet nothwendiger-

[10]) „Vorher," fügt Cohen (S. 47) bei, „ist das Verhältniß, auf welches es (scil.: das Recht des Gläubigers?) sich gründen soll, noch kein ausreichend festes zu nennen."

[11]) Krainz, System, 1. Bd., S. 317 ff.; Hasenöhrl, 1. Bd., S. 471; Randa, Eigenthum, S. 218 fg. Menzel, a. a. O., erblickt in der Notification den stillschweigenden Antrag an den Gläubiger, beizutreten (S. 671); der Gläubiger kann seinen Beitritt stillschweigend dadurch erklären, daß er den Uebernehmer klagt (S. 673). Von dem ganzen complicirten Vertragsverhältnisse tritt also nichts in die Erscheinung als eben die Notification und die darauf gegründete Klage. Gleichwohl hat Menzel's Construction den Beifall Hasenöhrl's, 2. Bd., S. 236, Note 35, gefunden.

[12]) Bähr, Urtheile, S. 92 ff.; Regelsberger, Archiv, S. 10 fg.; Tartufari, S. 318, Note 4; Cohen, S. 45; Adler, Archiv f. d. Recht, 3. Bd., S. 13.

[13]) Seuffert, XI, Nr. 83, XXXII, Nr. 219.

[14]) Entsch. I 62, XIII 383, XV 75 u. a. Vgl. Stobbe, S. 221, Note 16; Bähr, Urtheile, S. 93*; Ladenburg, Zeitschr. f. H. R., 30. Bd., S. 94.

[15]) Entsch., VIII 64, auch II, 49 u. a. Die Entsch. XXXII, S. 156, erklärt allerdings die öffentliche Bekanntmachung für entbehrlich; dafür fordert jedoch diese Entscheidung, in der sich das Reichsgericht in Ansehung der Verträge zu Gunsten Dritter (unter Zulassung von Ausnahmen) auf den Standpunkt der Acceptationstheorie stellt, zur Begründung des Klagerechtes gegen den Uebernehmer den Beitritt, der doch wohl Verständigung voraussetzt. Uebrigens vollzieht sich der Beitritt mit der Anbringung der Klage (S. 159). Vgl. oben § 11, Note 17.

[16]) Adler-Clemens, 288, 702.

[17]) R. O. H. G., XVI, 272.

weise eine Veröffentlichung, und zwar in der Form statt, daß der bezügliche Vertrag in die Urkundensammlung des Grundbuches hinterlegt, also jedermann zur Einsichtnahme freigegeben wird.[18])

Im nächsten Zusammenhange mit der Schuldübernahme stehen die bei Gutsabtretungen vorkommenden Vereinbarungen zu Gunsten Dritter, welche regelmäßig nur die Uebertragung gewisser entweder gesetzlicher oder doch natürlicher Verbindlichkeiten auf den Erwerber zum Gegenstande haben.[19]) Auch hier ist es das Grundbuch, das die Bekanntmachung vermittelt.[20])

Als ein Beleg für die rechtsbegründende Bedeutung der Verständigung kann endlich die gerichtliche Deposition[21]) mindestens für das öster-

[18]) Vgl. Platner, S. 119, und die Entscheidung des österreichischen O. G. H. vom 18. September 1878, Z. 3223, Gl. U. 7774, welche sich auf die Vorschrift des § 1019 a. b. G. B. stützt. Allerdings wird in sehr vielen Entscheidungen die Anwendung dieses Paragraphen, dessen Anordnungen auf eine privative Schuldübernahme entschieden nicht passen, ausgeschlossen. Vgl. über die schwankende Praxis Hasenöhrl, I, S. 473, Note 46, und S. 475, Note 47 a. Specielle Verständigung des Gläubigers fordert § 41 des preußischen Gesetzes über den Eigenthumserwerb ꝛc. vom 5. Mai 1872 — mit Recht, insoferne es sich hier um einen zum Nachtheile des Gläubigers eintretenden Effect der „Verschweigung" handelt, dessen Voraussetzungen strenger normirt werden müssen. Zur Erwerbung von Vortheilen genügt eben das Wissenkönnen, hier dagegen, wo ein Nachtheil in Frage kommt, nur das Wissenmüssen. Vgl. hiezu Martinius, S. 612 fg.

[19]) Vgl. hierüber Danz., S. 150 fg., R. G., XXIX, S. 177.

[20]) Andere Formen der Verständigung in den Entscheidungen des O. G. H. vom 2. Juli 1857, Z. 4293, Slg. 404 und vom 5. August 1857, Z. 7345, Slg. 423 (letztere erinnernd an die berühmte Entscheidung des preuß. Obertribunals, Gareis, S. 172). Vgl. Steinbach, S. 183, und Hasenöhrl, I, S. 466, Note 2).

[21]) Die gerichtliche Deposition des gemeinen Rechtes ist kein Vertrag zu Gunsten Dritter, weil dem Deponenten die Rücknahmsbefugniß zusteht und weil die Klage des Gläubigers sich nicht blos gegen den Depositar, sondern auch gegen den dritten Besitzer (l. 19 C. de usuris 4, 32) richten kann, also nicht oder nicht ausschließlich auf einem Vertrage beruht. A. M. Kohler, Dogm. Jahrb., 17. Bd., S. 317 fg. Hingegen scheint im Falle der l. 8 C. ad ex exhib. 3, 42 (wo es sich nicht um solutorische Deposition handelt) allerdings ein Vertrag zu Gunsten Dritter vorzuliegen; die Annahme Kohler's, daß auch in diesem Falle der Deponent bis zum Augenblicke der Klagszustellung, durch welche erst der Dritte die Sache für sich „saisirt", eine Gegenordre ertheilen könne, dürfte sich kaum begründen lassen. Kohler zieht Art. 402 und 405 H. G. B. zur Vergleichung heran. Aber beim Frachtvertrage erscheint die Uebergabe des Frachtbriefes (vgl. den Wortlaut des Art. 402) als der normale, das Contremandirungsrecht aufhebende Act. Diese Analogie würde also beim Depositum zu Gunsten Dritter nur dahin führen, der

reichische und sächsische Recht angeführt werden; denn wenngleich die Verpflichtung des Gerichtes oder Depositenamtes gegen den Gläubiger auf einem Geschäfte des öffentlichen Rechtes[22]) beruht, ist doch die Analogie der privatrechtlichen Verträge, und zwar speciell der Hinterlegungsverträge zu Gunsten Dritter augenfällig. Wie nun schon die ältere gemeinrechtliche Doctrin als ein Requisit der „depositio sollennis" die Verständigung des Gläubigers[23]) ansah, so bestimmt auch § 1425 a. b. G. B., daß die gerichtliche Hinterlegung (oder Verwahrungsveranlassung), „wenn sie rechtmäßig geschehen und dem Gläubiger bekannt gemacht worden ist", den Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreie und die Gefahr der „geleisteten" Sache auf den Gläubiger überwälze. Bis zum Momente der Bekanntmachung kann der Deponent die Sache zurücknehmen, von diesem Momente an steht nur dem Gläubiger das Recht zu, die Erfolglassung zu begehren.[24]) Bedeutend ausführlicher und daher jedem Zweifel entrückt sind die Bestimmungen des sächsischen Gesetzbuches:

„§. 756: ... Als Erfüllung jedoch gilt die Niederlegung erst von der Zeit an, wo dem Berechtigten durch das Gericht bekannt gemacht worden, daß sie erfolgt ist."

„§ 758. So lange dem Berechtigten noch nicht durch das Gericht bekannt gemacht worden ist, daß die gerichtliche Niederlegung erfolgt sei,

---

Uebergabe eines Lagerscheines oder einer anderweitigen Verständigung von dem Inhalte der getroffenen Vereinbarung in dieser Richtung entscheidende Bedeutung beizumessen.

[22]) Dies scheint auch Hasenöhrl, II, S. 494 fg. anzunehmen, der gleichwohl das Geschäft als Vertrag zu Gunsten Dritter construirt. A. M. Czyhlarz, Grünhut's Zeitschr., 6. Bd., S. 657 ff., im Hinblicke auf die von Unger, S. 49 ff., vorgebrachten Argumente. Vgl. dagegen Tartufari, S. 33, Note 2.

[23]) Voet, ad Pand. 46, 3, Nr. 29, verlangt die Anzeige der geschehenen Deposition an den Gläubiger (ut, si videatur, tollat depositum), Höpfner, Comm., § 982, Vorladung ad videndum deponi, der sogenannte Wiener Heineccius, I, § 1007, Vorladung zur Versiegelung; noch Thibaut, Pand., § 111, hält die Vorladung wegen der schwankenden Praxis für räthlich. Bezüglich der österreichischen Praxis (vor dem a. b. G. B.) bezeugt der competenteste Gewährsmann (O. L. R. v. Haan), daß „bei jedem depositio judiciali der Gegner rathschlägig verständigt wird, und, wenn man ihm den Rathschlag nicht zustellen kann, man den Erlag durch Edict bekannt macht". Ofner, Prot., II, S. 448. Der seltsame Ausdruck Rathschlag hat natürlich mit einem bloßen Rathe nichts zu thun. Es ist dies vielmehr ein in besonderer (sehr einfacher) Weise ausgefertigtes Decret. Vgl. auch Cod. Nap., Art. 1259.

[24]) Zeiller, Comment., IV, S. 134. Hasenöhrl, II, S. 496 ff. A. M. Czyhlarz, S. 673.

steht dem Verpflichteten das Recht zu, die Niederlegung rückgängig zu machen . . . Hat der Berechtigte von der Niederlegung bereits Nachricht erhalten, so kann das Niedergelegte nur mit dessen Einwilligung an den Verpflichteten zurückgegeben werden." [25])

Bezüglich der viel erörterten Ausnahmsfälle des römischen Rechtes ist es — abgesehen von den liberatorischen Verträgen — zweifelhaft, ob für den Rechtserwerb des Dritten der Vertragsschluß genügte oder ob eine Verständigung desselben oder gar dessen (formlose) Annahme gefordert wurde.

Manche Erscheinungen im Bereiche des ältesten Civilrechtes machen es wahrscheinlich, daß man ursprünglich nur in einer anfangs allgemeinen, später eingeschränkten Oeffentlichkeit der einseitigen Erklärung [26]) oder des Vertrages zu Gunsten eines Dritten einen Ersatz für dessen Mitwirkung in dem Sinne fand, daß er nun entweder ohneweiters berechtigt wurde oder die erforderliche Erwerbshandlung nachtragen konnte. Dafür spricht die

---

[25]) Vgl. hiezu besonders Kohler, a. a. O. S. 350 ff. — Art. 40 W. O. bestimmt nur, daß es der (nach österreichischem Rechte ohnehin überflüssigen) Vorladung des Inhabers nicht bedürfe. Freilich kann auch die Bekanntmachung unterbleiben. Dagegen kann dann der Inhaber des Wechsels ohne Einwilligung des Schuldners die Wechselsumme nicht beheben; denn es kann nicht Sache des Gerichtes oder des Depositenamtes sein, von amtswegen, also auf Gefahr des Staates, die wechselrechtliche Legitimation des Inhabers zu prüfen. Vgl. Brachmann, in Endemann's Hdb., IV, S. 251. Sollen also die Wirkungen der citirten particularrechtlichen Bestimmungen eintreten, so wird auch die Beachtung ihrer Voraussetzungen gefordert werden müssen. Die Bestimmungen des deutschen Entwurfes (2. Lesung), § 325, Z. 1 (Wirksamkeit des einseitigen Verzichtes auf Zurücknahme) und § 323 (untergeordnete Bedeutung der Verständigung des Gläubigers) ergeben das wunderliche Resultat, daß der verzichtende Schuldner gleichsam von der Hinterlegungsstelle sofort beim Worte genommen wird und schon vor der Verständigung des Gläubigers nicht widerrufen kann — ganz im Geiste der Vorschriften des Entwurfes über „Versprechen der Leistung an Dritte".

[26]) Vgl. Unger, Grünhut's Zeitschr., I, 339 fg.: „Die publica fides erfordert, daß ein öffentlich gegebenes Wort auch eingelöst werde." Daher die Giltigkeit der öffentlichen Auslobung. Bezüglich des votum vgl. Karlowa, Rechtsgeschichte, 2, § 54 i. f. — Die pollicitatio ist nothwendigerweise an eine öffentliche Adresse gerichtet. Sehr klar tritt die Bedeutung, die schon das römische Recht der Publicität des Geschäftes beimißt, durch den Gegensatz — das die privaten Geschäftsformen beherrschende Discretionsprincip — hervor: „in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum, qui delegatus est et debitorem actum est aut, etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur —", l. 19 Dig. de nov. et del. 46, 2 (Paulus).

Geschichte der Testamentsformen.[27]) Durch das uti legassit etc. und uti lingua nuncupassit etc. wurden bei diesen Geschäften Verfügungen zu Gunsten Dritter zugelassen. Sie müssen aber auch bei den negotia inter vivos möglich gewesen sein; denn wie hätte sich sonst (nach Gajus, II, § 103) das Mancipationstestament aus einem Mancipationsvertrage (einem Verkaufe) zu Gunsten Dritter entwickeln können? Uebrigens spricht auch die Einrichtung der coemtio fiduciae causa dafür, daß speciell die fiduciarische Mancipation die Auflage der Remancipation an einen Dritten nicht ausschloß. Denn auch die familienrechtlichen negotia per aes et libram konnten sich, wie Pernice[28]) mit Recht hervorhebt, nur in Anlehnung an ein verkehrsrechtliches Vorbild entwickeln. Nimmt man aber an, daß in der Form des Nexum im weiteren Sinne auch zu Gunsten Dritter contrahirt werden konnte[29]), so wird es erklärlich, warum erst in der späteren Kaiserzeit (gegen Ende des dritten Jahrhunderts) das Bedürfniß sich geltend machte, eine Anzahl von (nunmehr nicht formellen) Geschäften als zu Gunsten Dritter wirksam anzuerkennen[30]) und warum diese Geschäfte

[27]) Das Volk, das Heer, die Mancipationszeugen waren gleichmäßig nur zur Zeugenschaft geladen; comitia calare, viros vocare, testes rogare sind homologe Solennitäten. Vgl. über die Art der Mitwirkung des Volkes bei der Testamentserrichtung Karlowa, Rechtsgeschichte, 2, S. 851 und 853. Daß der Honorirte selbst Zeuge des Mancipationstestamentes sein konnte, wird erst verständlich, wenn man annimmt, daß der Zweck der Beiziehung der Zeugen eben die Erleichterung der Kenntnißnahme seitens der begünstigten Personen war.

[28]) Labeo, 3. Bd., S. 127 fg. Pernice bezeichnet es daher (S. 136) als „mindestens möglich", daß bei der fiducia cum amico auch die Uebereignung an eine dritte Person ausbedungen werden konnte, „natürlich nur mit dem Erfolge, daß der Fiduciant klagen darf". Aber l. 34 de adopt. 1, 7 (Pernice, a. a. O. S. 127) scheint die Möglichkeit einer actio fiduciae des Dritten vorauszusetzen, denn nur von diesem und dem Empfänger (mihi, tibi) ist die Rede. Eine sichere Entscheidung dürfte kaum möglich sein. Vgl. Oertmann, Fiducia, S. 155 ff.

[29]) Man wird sich gegen diese Annahme gewiß nicht auf die bekannten, im Justinianischen Gesetzbuche enthaltenen allgemeinen Verbote berufen dürfen, die freilich keine Ausnahme zu Gunsten des nexum statuiren. Unter dem vieldeutigen „legem dicendo" l. 73 D. de R. J. muß auch im Sinne Scaevola's nicht gerade das „legem rei suae dicere" verstanden werden. Vielmehr legt die Parallelstelle l. 11 D. de O. e. A. 44, 7 den Gedanken nahe, das Verbot auf das „in lege dicere" (vgl. Bechmann, Kauf, 1. Bd., S. 275 fg., Pernice, a. a. O. S. 22, Note 3), und zwar speciell auf Kauf, Miethe und andere Contracte zu beziehen. Andernfalls würde l. 73 cit. merkwürdig lückenhaft erscheinen. Vgl. auch Bechmann, Kauf, 1. Bd., S. 277, Note 3.

[30]) Vgl. die analoge Entwicklung des Testamentrechtes: „quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum:

gerade solche sind, welche vordem ganz wohl in der Form der mancipatio oder des nexum im weiteren Sinne abgeschlossen werden mochten.

Sehr wahrscheinlich läßt sich auch die Zulässigkeit und Klagbarkeit der in den Inschriften so häufig vorkommenden Multen[31]) zu Gunsten Dritter auf die durch Aufstellung der Inschrift herbeigeführte Publicität zurückführen.

Endlich konnten vermöge des gleichen Gesichtspunktes der die Mitwirkung des Berechtigten entbehrlich machenden Publicität auch gewisse mit öffentlichem Charakter ausgestattete Personen Geschäfte zu Gunsten Dritter abschließen. So vielleicht die argentarii[32]) und jedenfalls die servi publici und die Magistrate (vgl. l. 1 § 16 D. de mag. conv. 27, 8). Denn obwohl im Mittelalter (vgl. z. B. cap. 2 de usur. in VI^to^ 5, 5, Baldus ad l. 2 D. rem. pup. 46, 6 und ad l. 2 Cod. de adopt. 8, 48) die Befugniß der Notare zur Stellvertretung der Abwesenden gerade aus den Bestimmungen des römischen Rechtes über die servi publici abgeleitet wurde[33]), kann es sich bei diesen nicht um bloße Stellvertretung, insbesondere nicht (wie bei den Notaren) um eine der Genehmigung bedürftige negotiorum gestio gehandelt haben.

§ 14. Unvollkommene Kundmachung.

Daß man zur rechtswirksamen Vollendung der Kundmachung nicht die schwer feststellbare und von Zufälligkeiten abhängige Vernehmung seitens des Dritten fordern dürfe, bedarf keiner weiteren Begründung; es genügt, auf die zahlreichen Entscheidungen zu verweisen, welche in der öffentlichen Verlautbarung eine zulängliche Art der Kundmachung erblicken. Der Regel nach kann also nur gefordert werden, daß dem Dritten von den Contrahenten die Gelegenheit geboten sei, von dem Inhalte des Vertrages Kenntniß zu nehmen; ob und wann er dies thut, ist seine Sache.

Es gibt aber zwei wichtige Kategorien von Verträgen zu Gunsten Dritter, bei denen das Requisit der Kundmachung auf den ersten Blick zu fehlen scheint, bei genauerer Betrachtung jedoch sich zwar vorhanden, aber aus

placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est etc." l. 15 C. de test. 6, 23 (Constantin. 339).

[31]) Ohne Erzwingbarkeit wären die Multen zwecklos. Vgl. Pernice, a. a. O. S. 157 fg. Merkel, Sepulcralmulten, S. 128 und 131 ff.

[32]) Becker, Zeitschr. der Savigny-Stiftung, 3. Bd., S. 8.

[33]) Vgl. Buchka, S. 138 fg., 141 fg., 146 fg.

guten Gründen eigenthümlich reducirt zeigt: es sind dies der Frachtvertrag und der Lebensversicherungsvertrag.

Bei beiden dient dem Zwecke der Verständigung eine Urkunde: dort der Frachtbrief [1]), hier die Polizze. Beide Urkunden sollen dem Begünstigten zukommen, aber regelmäßig nicht sofort, da zunächst nur der Promissar verfügungsberechtigt ist. Der Frachtbrief ist dem Dritten zu übergeben erst nach Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung, die Polizze in der Regel erst nach der Fälligkeit der Versicherung.

Der nachgewiesenen Bedeutung der Kundmachung für den Rechtserwerb des Dritten trägt in Ansehung des Frachtvertrages [2]) Art. 402 H. G. B. Rechnung:

„Der Frachtführer hat den späteren Anweisungen des Absenders wegen Zurückgabe des Gutes oder wegen Auslieferung desselben an einen andern als den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger so lange Folge zu leisten, als er nicht letzterem nach Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung den Frachtbrief übergeben hat. Ist dies bereits geschehen, so hat er nur die Anweisungen des bezeichneten Empfängers zu beachten, widrigenfalls er demselben für das Gut verhaftet ist."

Eigenthümlich ist nur, daß zu den Verpflichtungen, die der Frachtführer zu Gunsten des Empfängers eingeht, auch die gehört, ihm die entscheidende Verständigung (d. i. regelmäßig: den Frachtbrief) zukommen zu lassen. Für den Fall nun, daß der Frachtführer schon dieser präpa-

[1]) Der Frachtbrief ist, wie sein Namen besagt, ein Brief, und zwar ist er ein offener Brief des Absenders an den Empfänger. Vgl. Schott in Endemann's Handbuch, 3. Bd., S. 303.

[2]) Der Frachtvertrag ist ein Vertrag zu Gunsten des Empfängers. Das Handelsgesetzbuch gestattet keine andere Construction (Art. 405: „im eigenen Namen"). Vgl. Regelsberger, Handbuch, II, S. 477, Note 22, und Archiv, S. 8; Bähr, Urtheile, S. 94 fg.; Windscheid, Pandekten, § 316, Note 7a; Knaus, Verträge zu Gunsten Dritter, S. 30; Cohen, S. 49; Lemayer, Gerichtszeitung, 1869, S. 346, Note 56; Dernburg, Pandekten, 2. Bd., § 18, S. 54, und preußisches Privatrecht, 2. Bd., S. 49; Cosack, H. R., S. 298; Tartufari, S. 324 ff. (daselbst ist Note 11 eine Abhandlung von Manara angeführt, welche denselben Standpunkt vertritt). Andere Ansichten siehe bei Schott, Endemann's Hdb., 2. Bd., S. 402, Note 18. Ganz unhaltbar ist die Cessions-, wie überhaupt jede Ableitungstheorie, weil — abgesehen von dem Wortlaute des Gesetzes — die Thatsache entgegensteht, daß der Empfänger mehr Rechte haben kann als der Absender (Art. 405). Vgl. bezüglich der Compensationseinrede Eger in Geller's Centralblatt, 1884, S. 26.

ratorischen Verpflichtung nicht nachkommt, wäre — nach den allgemeinen Principien — eine besondere Avisirung des Empfängers durch den Absender erforderlich, um ihm eine Klage auf Uebergabe des Frachtbriefes zu ermöglichen. Da aber auch dieses Aviso wieder durch denselben oder einen andern Frachtführer zugestellt werden müßte, so würde sich eine endlose Reihe eröffnen, wenn nicht das Gesetz diese Nothwendigkeit dadurch beseitigt hätte, daß es in vollster Uebereinstimmung mit den Bedürfnissen des Verkehrs schon in dem Momente, in dem vereinbarungsgemäß der Frachtbrief dem Empfänger zu übergeben gewesen wäre, das Recht des Empfängers entstehen ließe, dessen Uebergabe zu fordern. Der Frachtbrief ist eben als ein Brief des Absenders an den Empfänger anzusehen, bestimmt, demselben Nachricht zu geben über den Inhalt des Frachtgeschäftes [3]), und diese Bestimmung würde illusorisch gemacht, wenn es noch einer zweiten Verständigung — eines Frachtbriefes über den Frachtbrieftransport — bedürfte, um dem Empfänger den Besitz der für ihn bestimmten Nachricht zu verschaffen. Freilich sollte nun (nach Art. 402 und dem allgemeinen Principe) das Dispositionsrecht des Absenders über das Frachtgut selbst wenigstens bis zur — im Proceßwege erzwungenen — Uebergabe des Frachtbriefes dauern; wenn gleichwohl Art. 405 die Cumulirung der Klage auf Auslieferung des Gutes mit der auf Uebergabe des Frachtbriefes gestattet und das Dispositionsrecht des Absenders schon mit dem Momente der Klageanstellung erlöschen läßt, so liegt hierin nur eine positive Vereinfachung und zugleich eine nothwendige Sicherung des Proceßerfolges. Es tritt hier derselbe Gedanke hervor, der auch sonst so vielfältig dazu geführt hat, materielle Wirkungen, die erst dem Urtheile zukommen sollten, schon an den Moment der Klageanstellung zu knüpfen. [4])

Die Regel ist also, daß das Recht des Empfängers mit der Uebergabe des Frachtbriefes entsteht (Art. 402), die Ausnahme — wenn der Frachtführer die Uebergabe verweigert, ohne hiezu durch Contreordre vom Absender veranlaßt worden zu sein —, daß dem Empfänger schon nach Beendigung des Transportes ein Klagerecht zusteht, das sich zugleich auf Frachtbrief und Gut erstreckt. In der Regel wird also die wirkliche Ver-

---

[3]) Schott, a. a. O. Daher steht dem Empfänger auch die actio ad exhibendum auf Vorzeigung des Frachtbriefes zu; Schott, S. 404.

[4]) Besonders (dem Zwecke nach) nahe verwandt ist das Verbot der Veräußerung der Streitsache durch den Geklagten (Windscheid, § 125, Note 3) und die (active) Delegation per litis contestationem (Danz, S. 32).

ſtändigung vorausgeſetzt; ausnahmsweiſe genügt es, daß die Verſtändigung vom Abſender veranlaßt iſt und vom Frachtführer dem Deſtinatär nach Vollendung des Transportes eigenmächtig vorenthalten wird.

Beim Lebensverſicherungsvertrage iſt es die Polizze, die beſtimmt iſt, dem Begünſtigten die Kenntniß von dem abgeſchloſſenen Vertrage zu verſchaffen. Regelmäßig leiſten die Geſellſchaften — auch wenn die Polizze nicht auf den Inhaber lautet — nur gegen Rückgabe der Polizze Zahlung [5]); der Begünſtigte muß alſo zuvor ſich die Polizze verſchaffen. Es kann ſein, daß ſie ihm der Verſicherungsnehmer ſchon bei Lebzeiten übergeben hat, dann liegt das Verhältniß ähnlich wie im Falle des Frachtvertrages bei Uebergabe des Frachtbriefes vor Beendigung des Transportes: d. h. die Verſtändigung wird anticipirt, aber der Rechtserwerb nicht verfrüht. Es kann aber auch ſein, daß die Polizze im Beſitze des Verſicherungsnehmers bis zu ſeinem Tode geblieben iſt. Dann muß ſie gleichwohl als für den darin genannten Begünſtigten beſtimmt aus dem Nachlaſſe ausgeſchieden und dieſem übergeben werden. Ein Sterbender correſpondirt eben anders als ein Lebender. Es genügt, daß er ſeine Briefe adreſſirt, es iſt nicht nöthig, daß er ſie abſendet. [6]) Auch das Teſtament wird von den Erben häufiger gefunden, als aus den Händen des Erblaſſers übernommen. Die Ungewißheit der Zeit des Todes läßt es unthunlich erſcheinen, von dem Erblaſſer irgend einen Verſtändigungsact zu fordern [7]), während es anderſeits auf eine Handlung der oft im gegentheiligen Sinne intereſſirten Erben nicht ankommen kann. So muß man denn hier im Sinne der Platner'ſchen Theorie, die voluntatis intentio, wie ſie ſich insbeſondere aus dem Inhalte des Vertrages ergeben wird, genügen laſſen.

[5]) Vgl. hierüber Ehrenberg, Verſicherungsrecht, 1. Bd., S. 471, und Dernburg, Preußiſches Privatrecht, 2. Bd. (4. Aufl.), S. 745.

[6]) Vgl. l. 77, § 26, D. de leg. II: „Donationis praediorum epistolam, ignorante filio, mater in aede sacra verbis fideicommissi non subnixam deposuit et litteras tales ad aedituum misit: *Instrumentum voluntatis meae post mortem meam filio meo tradi volo.* Cum pluribus heredibus intestato diem suam obisset, intelligi fideicommissum filio relictum, respondi: non enim quaeri oportet, cum quo de supremis [quis] loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigetur."

[7]) Immerhin könnte — und zwar nicht blos bei der Lebensverſicherung — das Teſtament ſelbſt als Mittel der Verſtändigung benützt werden. Vgl. Entſch. des O. G. H. vom 2. Juli 1857, Z. 4293, Slg. 404. Ob dagegen dem Teſtamente auch die dem Promittenten gegenüber maßgebende Benennung der Begünſtigten vorbehalten bleiben kann, iſt eine Frage der Vertragsauslegung. Für eine Vermuthung in dieſem Sinne (Entw., II, § 284) fehlt jede Grundlage.

Bei den Lebensversicherungsverträgen besteht also eine wesentliche Abweichung von dem allgemeinen Principe darin, daß die Verständigung des Begünstigten zwar regelmäßig (durch Uebergabe der Polizze) zu erfolgen pflegt und zur Geltendmachung seiner Ansprüche nöthig ist, daß aber der Begünstigte das Recht hat, diese Verständigung, wenn sie ihm vorenthalten wird, von den Erben [8]) gerichtlich zu fordern (entsprechend dem Klagerechte des Destinatärs auf Uebergabe des Frachtbriefes) und daß sein Rechtserwerb juristisch von der Thatsache und namentlich auch von dem Zeitpunkte der Verständigung ganz unabhängig erscheint. [9])

Wir können somit bei der schriftlichen Kundmachung drei Grade unterscheiden:

1. Die Vorbereitung derselben durch Abfassung einer (auch) für den Begünstigten bestimmten Urkunde [10]) — genügend bei der Versicherung auf den Todesfall und wirksam, sobald der Versicherungsnehmer gestorben ist;

2. die Absendung der Urkunde an den Dritten — genügend beim Frachtvertrage und wirksam, sobald der Frachtführer nach Ankunft am Orte der Ablieferung die Ausfolgung verweigert und belangt wird;

3. das Einlangen der Urkunde beim Dritten — regelmäßig erforderlich.

Beim Lebensversicherungsvertrage ersetzt nach allgemeiner Anschauung der Tod die Absendung, beim Frachtvertrage ersetzt nach positiver Vorschrift die Ankunft und Klage das Einlangen beim Destinatär.

§ 15. Die Bestimmung des § 1019 a. b. G. B. — Redactionsgeschichte.

Für das österreichische Recht wird die Zulässigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter, dann einerseits die Nothwendigkeit und anderseits die Zulänglichkeit der Kundmachung für den Rechtserwerb des Dritten von

[8]) Auch von dritten Personen: Pfizer, Prakt. Archiv, 72, S. 54 ff.

[9]) Bei der Versicherung auf den Erlebensfall bleibt es bei der Regel: ohne Verständigung kein Klagerecht. Vgl. den von Pfizer a. a. O. mitgetheilten Rechtsfall (anstatt der Uebergabe der verpfändeten Polizze mündliche Benachrichtigung). Dies schließt selbstverständlich nicht aus, daß die Versicherungsgesellschaft dem Begünstigten in jedem Falle giltig Zahlung leisten und dem Versicherungsnehmer selbst die Zahlung verweigern kann, wenn er erst nach Eintritt der Fälligkeit die Begünstigungsclausel widerruft. Das ergibt sich aus den üblichen Versicherungsbedingungen.

[10]) Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Begünstigte aus einem mündlichen Versicherungsvertrage berechtigt würde, ist schwer zu lösen, weil derartige Verträge nicht vorkommen; eben deswegen bedarf die Frage keiner Lösung.

den meisten neueren Schriftstellern [1]) und von der Praxis der Gerichte [2]) vorwiegend oder ausschließlich aus der Vorschrift des § 1019 a. b. G. B. hergeleitet, während die älteren Schriftsteller [3]) nicht entfernt daran denken, daß diese Gesetzesbestimmung eine Ausnahme von dem im § 881 a. b. G. B. ausgesprochenen Principe begründen könnte. Die Redactionsgeschichte hat zur Beilegung der Controverse wenig beigetragen; sie wurde von Steinbach und von Ofner für geradezu entgegengesetzte Auffassungen verwerthet, allerdings unter der Voraussetzung, daß die Absichten der Redactoren nicht deutlich zum Ausdrucke gelangt seien. So erklärt Steinbach [4]), „daß die Bemerkungen der verschiedenen Mitglieder der Hofcommission an Klarheit Vieles, ja fast Alles zu wünschen übrig lassen", während Ofner [5]) sich genöthigt sieht, wenigstens die Ansichten zweier Mitglieder der Commission als „etwas verworren" zu bezeichnen. Ich stimme im Ergebnisse insoferne theilweise mit Ofner überein, als ich in den Protokollen einen überzeugenden Beweis für die Unger'sche Behauptung finde, § 1019 enthalte „am allerwenigsten eine Ausnahme von der Regel des § 1019 a. b. G. B., daß niemand für einen andern ein Versprechen annehmen kann". Vielmehr bestätigt § 1019 a. b. G. B. diese Regel, da das Erforderniß der Benachrichtigung eben aus dem Grunde aufgestellt wurde, weil man die Annahme seitens des Dritten für nothwendig hielt. Anderseits ist jedoch die von Ofner gegebene Erläuterung der Protokolle so mangelhaft und

[1]) Ex professo: Krainz, System, 1 Bd., S. 317 ff. (erblickt jedoch im Stillschweigen des Dritten zu der erhaltenen Benachrichtigung die Annahme einer ihm vom Mandanten ertheilten Ermächtigung im Sinne der Bähr'schen Theorie); Steinbach, Gerichtszeitung, 1877, S. 182; Hasenöhrl, Obl. Recht, I, S. 466; Larcher, Jur. Bl., 1885, S. 76; Randa, Eigenthum, S. 219; die Schriftsteller, die gelegentlich erkennen lassen, daß sie den § 1019 in diesem Sinne auffassen, sind (mindestens seit dem Erscheinen der Steinbach'schen Abhandlung) sehr zahlreich.

[2]) Entsch. vom 5. August 1857, Z. 7345, Slg. 423; 19. März 1879, Z. 1606, Slg. 7379; 6. Februar 1880, Z. 14.316, Slg. 7845 u. a. Vgl. jedoch unten § 16, Note 2.

[3]) Zeiller (3. Bd., S. 54, 298, und besonders 4. Bd., S. 102); Nippel, Winiwarter, Stubenrauch, Kirchstetter (bis zur 3. Auflage) ad § 1019 a. b. G. B.; Dolliner, Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit, 1836, 1. Bd., S. 166; aber auch Unger, Verträge, S. 99; Lemayer, Gerichtszeitung, 1869, S. 330, Note 14; Ofner, Grünhut's Zeitschr., 18. Bd., S. 319, 321 und 327 (stillschweigende Annahme erforderlich); die nichtösterreichischen Schriftsteller schließen sich begreiflicherweise dieser als der von Unger vertretenen Richtung an.

[4]) S. 179.

[5]) S. 317.

so wenig überzeugend, daß eine neuerliche Erörterung der Redactionsgeschichte im Hinblicke auf die Bedeutung, die sie seit Steinbach und Randa für die entgegengesetzte Meinung erlangt hat[6]), unvermeidlich erscheint.

Der Keim, aus welchem unsere crux interpretum herausgewachsen ist, war eine unscheinbare, ganz selbstverständlich klingende Lehrbuchsweisheit, der Satz nämlich, daß dem Dritten gegenüber nicht schon die Vollmacht, sondern erst das auf Grund derselben abgeschlossene Geschäft den Machtgeber verpflichte.[7]) Diesen Satz speciell für das mandatum aliena gratia einzuschärfen, hielten auch Martini[8]) und Zeiller für zweckmäßig, möglicherweise im Hinblicke auf die im Codex Theresianus[9]) statuirte eventuelle Schadenersatzpflicht des Machtgebers. Zeiller schlug daher als Referent folgende Bestimmung vor: „Eine Vollmacht, vermöge welcher einem Dritten ein Vortheil zugewendet werden soll, gibt demselben, so lange ihm von dem Gewalthaber die Zusage nicht gemacht worden ist, gegen den Machtgeber kein Recht."

Dagegen scheint O. L. R. v. Haan das mandatum qualificatum als eine Unterart des modus qualificatus — im Sinne der damaligen Theorie[10]) — aufgefaßt zu haben; er mochte denselben Begriff des „Auftrages" hier und dort erkennen, nur daß, was sonst Nebenbestimmung ist, im Mandatsvertrage selbständig hervortritt. Seinen Begriff des modus als Auftrages hatte v. Haan schon gelegentlich der Berathung des heutigen § 709 a. b. G. B.[11]) formulirt. Er bemerkte, daß einige Commentare „unter dem Worte modus einen Auftrag, andere aber eine bloße Absicht des Erblassers verstehen. Das sei seines Ermessens aber sehr verschieden, indem ein Auftrag ohneweiters erfüllt werden müsse,

---

[6]) Vgl. Randa, a. a. O.

[7]) Codex Theresianus, III, Cap. 18, § 32.

[8]) Entwurf, III, 4, § 18; ähnlich Westgal. Gesetzbuch (Urentwurf), III, § 119.

[9]) III, Cap. 15, § 21. Aehnlich auch Horten's Entwurf, III, Cap. 16, § 8. Ich sage: „möglicherweise"; die Möglichkeit besteht aber nur, wenn wir annehmen, daß schon Martini und Zeiller diese Bestimmungen ebenso mißverstanden wie Ofner (S. 315 fg.). In Wahrheit beziehen sich dieselben nur auf die (im § 1315 a. b. G. B. abweichend geregelte) Frage der Haftung des Mandanten für das Verschulden des Mandatars. Vgl. Cod. Ther., III, Cap. 1, § 32, und Horten's Entw., III, Cap. 1, § 9.

[10]) Vgl. Glück, Erläuterungen, 4. Bd., S. 460 ff.; Thibaut, Pandekten, I, § 130.

[11]) Ofner, Prot., I, S. 425.

bei der Absicht es aber immer noch sehr darauf ankomme, wie der Erblasser sich ausgedrückt habe ꝛc." Eine ähnliche Unterscheidung macht Haan nun auch bei der Berathung unseres Paragraphen [12]): „Man müsse bei Entscheidung des Gegenstandes dieses Paragraphen von dem Unterschiede ausgehen, ob der Machtgeber dem Machthaber nur die Befugniß einräumte, einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden, oder ob er ihm den klaren deutlichen Auftrag hierüber ertheilte . . . im letzteren Falle, wo ein bestimmter Auftrag von Seite des Machthabers vorhanden ist, welchen der Machthaber in keinem Falle unbefolgt lassen . . . darf, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Dritte . . . denselben auf die Erfüllung seines Auftrages klagen könne." Bemerkenswerth ist auch der Beisatz, „daß derjenige Fall, wo es der Willkür des Machthabers überlassen sei, eigentlich kein Bevollmächtigungsvertrag sei und nicht hieher gehöre". [13]) Wie nun schon die damalige Doctrin bei dem zum Vortheile eines Dritten ertheilten modalen Auftrage ein Klagerecht des Dritten gegenüber dem Beauftragten anerkannte [14]), so sollte es nun auch bei dem Mandate der Fall sein, soweit sich dasselbe als stricter Auftrag darstellt. [15])

Nur darauf konnte es also im Sinne Haan's ankommen, bei dem unbedingt verpflichtenden Mandate das Versprechen des Mandatars als entbehrlich zu beseitigen; daß auch die Annahme des Dritten überflüssig sei, hat Haan nicht behauptet.

Die damalige Doctrin, so weit sie sich auch von den Lehren des römischen Rechtes entfernt hatte, ließ aus dem Vertrage zu Gunsten des Dritten eben nur das Recht Dritten hervorgehen, das für ihn gemachte Versprechen nachträglich anzunehmen [16]); er ist daher ein aussichtsloses

---

[12]) Prot., II, S. 52.

[13]) Diese Bemerkung bezeichnet Ofner (S. 317) als unbegreiflich, „wenn nicht ein Mißverständniß im Protokolle obwaltet". Allein vgl. § 1002 a. b. G. B. und Krainz, 2. Bd., S. 251 fg., insbesondere § 382, Note 3.

[14]) Vgl. z. B. Glück, a. a. O.; Thibaut, Pandekten, § 806; Ofner, Prot., I, S. 425.

[15]) Obwohl schon Steinbach, G. Z., S. 178, auf die sofort auffallende Analogie des modus verwiesen hat, behauptet Ofner (S. 318) ohne jeden Grund, Haan sei von der Analogie des vollendeten Versuches (conatus perfectus) ausgegangen!

[16]) Vgl. Cod. Ther., III, Cap. 1, § 36, Cap. 2, § 59 („Beangnehmung"); Schlosser, Vorschlag einer Verbesserung des deutschen Rechtes, S. 37 (siebentes Gesetz) und S. 57; insbesondere die Dogmengeschichte bei Gareis, der nur einen einzigen Autor (Cramer) anführt, der unmittelbaren Rechtserwerb des Dritten

Bemühen, bei Haan oder irgend einem seiner Mitarbeiter eine Vorahnung der von Unger begründeten sogenannten Anwachsungstheorie entdecken zu wollen.

Gerade Haan hält besonders zäh fest an dem Satze alteri per alterum nec acquiritur jus nec obligatio und will mit Rücksicht auf diesen „Rechtsgrundsatz" dem ersten Bürgen, „welcher von dem späteren keine Kenntniß hat", ein Regreßrecht gegen diesen nicht gewähren.[17]) So erklärt es sich, daß er auch bei seinem Antrage zu III, § 119 des Urentwurfes (§ 1019 a. b. G. B.) dem Dritten nur ein „von dem Augenblicke der Kundmachung" wohl erworbenes Recht zusprach, offenbar zunächst das Recht anzunehmen. Haan's ursprünglicher, vermuthlich in der vorliegenden Form schon vor der Sitzung concipirter Antrag[18]) wurde jedoch in zweifacher Richtung, sei es nun sofort spontan, sei es in Folge von im Verlaufe der Berathung erhobenen Einwendungen von Haan selbst in zweifacher Richtung modificirt.

1. Das Erforderniß der Kundmachung wurde aus unbekannter Ursache gestrichen; vielleicht glaubte man, daß es hier, wie beim legatum sub modo, gleichgiltig sein müsse, wann und wie der Dritte von dem Auftrage Kenntniß erlange;

2. das Klagerecht gegen den Machthaber wurde — wohl im Hinblicke auf § 144 des Entwurfes, I. Lesung (§ 1017 a. b. G. B.) — durch ein Klagerecht gegen den Machtgeber ersetzt, vielleicht weil man annahm, daß in dem Mandate zugleich eine Offerte an den Dritten liege.

Die erste Abänderung stellte thatsächlich das Princip des § 881 a. b. G. B. in Frage; mit der zweiten wurde die Analogie des modus geradezu verlassen. Haan's Antrag war also so gründlich modificirt, daß er in der Form, in der er den Beifall der Majorität fand und zum Beschlusse er-

---

in einer gelegentlichen Aeußerung annimmt, „die zu lakonisch dargestellt und gerade in der Hauptsache zweifelhaft ist" (S. 85). Alle andern Schriftsteller fordern, wenngleich sie Verträge zu Gunsten Dritter als giltig ansehen, die Annahme oder Genehmigung des Dritten. Auch der für die Auslegung unseres Gesetzbuches nicht unwichtige (Pfaff-Hofmann, Comm., I, S. 186, Note 125) Wiener Heineccius, II, § 370, hält ohne Einschränkung an dem römischen Grundsatze fest.

[17]) Ofner, Prot., II, S. 444.

[18]) Vgl. Pfaff-Hofmann, Comm., I, S. 25, Note 132. Diese Vermuthung würde es erklären, daß der Antrag weder dem unmittelbar vorher beschlossenen, § 144 Entw. (§ 1017 a. b. G. B.), noch dem in Folge des Antrages selbst gefaßten Beschlusse entspricht.

hoben wurde, gar nicht mehr zu der allein im Protokolle enthaltenen Begründung des ursprünglichen Antrages paßte. Er lautete nunmehr: „Nur wenn dem Machthaber ein Auftrag ertheilt und nicht das bloße Befugniß eingeräumt wird, vermöge welcher einem Dritten ein Vortheil zugewendet werden soll, erhält der Dritte gegen den Machthaber ein Recht zu klagen."

Von den Stimmführern der Minorität wendete sich Ehrenberg nur (ad 1) gegen die Streichung des Erfordernisses der Kundmachung, „denn nur auf die Intimation an den Dritten und auf dessen Annahme müsse man Rücksicht nehmen; so lange dieser von dem Willen des Machthabers keine Wissenschaft hatte, folglich den Anbot nicht annehmen konnte, ist die ganze Sache blos ein zwischen zwei Personen eingeleitetes Geschäft ꝛc."

Dagegen hielt sich Pitreich (ad 2) an die Identificirung des Mandates mit der Offerte; er wollte auf das Mandat, sofern es sich als Offerte darstellt, die allgemeinen Grundsätze über die Offerte angewendet wissen; sofern es aber eine Offerte nicht enthält, also nur Mandat und nichts anderes ist, konnte ihm nur der Vorschlag des Referenten angemessen erscheinen. [19])

Da das Argument Ehrenberg's unberücksichtigt blieb [20]), kann zugegeben werden, daß man sich in erster Lesung allerdings mit dem Principe der Unzulässigkeit des unmittelbaren Rechtserwerbes aus fremdem Vertrage in Widerspruch setzte.

Die Entscheidung fiel in der zweiten Lesung. Pfleger griff die in den Protokollen nicht widerlegte Einwendung Ehrenberg's auf. Er erklärte sich für den Antrag, den Zeiller seinerzeit gestellt hatte, „da ohne Annahme des Dritten dessen Klagerecht gegen den Machthaber nicht begründet werden kann". [21]) Diese Aeußerung ist für uns von großer Wichtigkeit, denn sie gab Anlaß zu einer Abänderung des Entwurfes. Nur wollte nun Zeiller selbst, der gewiß kein Anhänger der Verträge zu Gunsten Dritter (im modernen Sinne) war [22]), die Haan'sche

[19]) Daß dies der klare und sehr vernünftige Sinn der Aeußerung Pitreich's ist, ergibt sich, wenn man dessen eigenthümliche Auffassung von der Widerruflichkeit der Offerte (Ofner, Prot., II, S. 7) berücksichtigt.

[20]) Immerhin wissen wir nicht, was diesem Votanten erwidert wurde, ob etwa gesagt wurde, die Annahme könne auch ohne Verständigung seitens der Contrahenten erfolgen, sie liege in der Klage u. dgl., oder ob man wirklich erklärte, der von Ehrenberg vertheidigte Grundsatz lasse Ausnahmen zu.

[21]) Ofner, II, S. 565.

[22]) Steinbach, S. 178.

Unterscheidung zwischen Auftrag und Befugniß nicht aufgeben. Nach seiner Ansicht enthielten beide Anträge „gewissermaßen zweierlei Fälle, die sich nun recht leicht vereinigen ließen". Dies ist meines Erachtens so zu verstehen: Nur bei der bloßen „Befugniß" mochte eine Zusage des Machthabers nothwendig erscheinen, bei dem stricten „Auftrage" dagegen, in welchem schon eine Verpflichtungserklärung des Machtgebers enthalten ist, konnte die einfache Mittheilung dieser Erklärung genügen, um dem Dritten die Annahme zu ermöglichen. „Nur würde er (Zeiller) die Sanction dahin erweitern, daß der Dritte ein Klagerecht gegen den Machtgeber erhält, er mag den Auftrag durch den Machthaber oder den Machtgeber erfahren." [23])

Zeiller's Antrag ging also dahin, beide Vorschläge ohne Abänderung zu vereinigen, jedoch — um dem Bedenken Pfleger's Rechnung zu tragen — den eben erwähnten Beisatz zu machen.

Wie nun Zeiller durch Wiederaufnahme des Erfordernisses der Kundmachung sich dem ursprünglichen (auf die Analogie des modus gestützten) Antrage Haan's genähert hatte, so thaten dies auch Aichen, Pfleger und Haan selbst, indem sie „in dem oben gesetzten alternativen Falle", d. h. also sowohl bei der Zusage auf Grund einer bloßen Befugniß als auch bei dem kundgemachten Auftrage „ein Klagerecht nicht nur gegen den Machtgeber, sondern auch den Machthaber" einräumen wollten.

Ganz unwahrscheinlich ist nun die Behauptung Ofner's [24]), die Klage gegen den Machthaber sei „die alte Klage des Dritten gegen den Procurator in der gemäßigten Auffassung zur Zeit der Entstehung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, welche von dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche aufgelassen [25]), in diesem einen Falle aber durch die Anhänger

---

[23]) Nach diesem Antrage Zeiller's hätte der Paragraph etwa folgendermaßen lauten müssen: „Eine Vollmacht, vermöge welcher einem Dritten ein Vortheil zugewendet werden soll, gibt demselben, insolange ihm von dem Gewalthaber die Zusage nicht gemacht worden ist, gegen den Machtgeber kein Recht. Nur wenn dem Machthaber ein Auftrag ertheilt und nicht blos die Befugniß eingeräumt wird, vermöge welcher einem Dritten ein Vortheil zugewendet werden soll, erhält der Dritte gegen den Machtgeber ein Recht zu klagen, er mag den Auftrag durch den Machthaber oder den Machtgeber erfahren (haben)."

[24]) Grünhut's Zeitschr., S. 327.

[25]) Dasselbe hatte schon das Westgalizische Gesetzbuch gethan. Denn § 1017 a. b. G. B. ist zufolge der Protokolle nur eine Zusammenfassung der Vorschriften der §§ 116—118 (III. Theil) jenes Gesetzbuches, welche übrigens einhellig — also

der alten Schule im letzten Augenblicke[26]) wieder aufgenommen ist". Ofner[27]) meint allen Ernstes, daß der Mandatar nach § 1019 a. b. G. B. ganz im Sinne der älteren Theorie „bei Execution in das bei ihm befindliche Vermögen des Mandanten" zu belangen sei.

Man wird in den ganzen Protokollen[28]) vergebens auch nur nach einer Andeutung suchen, daß einer der Redactoren ein solches Klagerecht für zulässig hielt. Dagegen hat schon Dolliner[29]) im § 1019 a. b. G. B. eine Spur entdeckt, welche die Auffassung der Redactoren und deren Motivirung erkennen läßt, nämlich die Worte „und angenommen". Dolliner entscheidet sich nämlich für die directe Haftung des Mandatars mit seinem eigenen Vermögen und bemerkt mit Recht: „sonst ließe sich kein Grund angeben, warum im dem § 1019 ausdrücklich gefordert wird, daß der Machthaber den erhaltenen Auftrag angenommen hat, da sich bei einem Machthaber als solchem die Annahme des erhaltenen Auftrages ohnehin jederzeit von selbst versteht". Thatsächlich ergibt sich die Nothwendigkeit der Annahme seitens des Mandatars schon aus den §§ 861 und 1002 a. b. G. B., und es ist nicht die Art unseres Gesetzbuches, ein bereits allgemein aufgestelltes Erforderniß ohne Ursache im einzelnen Falle zu wiederholen.[30])

Die Redactionsgeschichte bestätigt die Richtigkeit der Dolliner'schen Bemerkung. Denn von der Annahme des Bevollmächtigten war in dem in erster Lesung gefaßten Beschlusse (der nur ein Klagerecht gegen den Machtgeber gab) keine Rede. Erst in zweiter Lesung beschloß dieselbe Stimmenmehrheit (Aichen, Pfleger und Haan), die eben das Klagerecht auch gegen den Machthaber statuirt hatte, auch folgende Grundsätze: „Sobald ein Auftrag geschehen, dieser von dem Machthaber angenommen, der Dritte davon von einem oder dem andern verständigt[31])

---

auch von den angeblichen Anhängern der alten Schule — beschlossen wurde. Vgl. Ofner, Prot. II, S. 52.

[26]) Das Klagerecht gegen den Beauftragten wurde, wie bereits hervorgehoben wurde, schon in erster Lesung von Haan in Antrag gebracht.

[27]) A. a. O. (oben Note 24).

[28]) Vgl. besonders Ofner, Prot. II, S. 574 fg., wo diese Frage im Hinblick auf den Wortlaut des Urentwurfes nahegelegt war.

[29]) Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrsamkeit 1836, I. Bd., S. 165.

[30]) Ebenso gut hätte z. B. auch im § 1011 a. b. G. B. neben dem Auftrage die Annahme ausdrücklich erwähnt werden können.

[31]) Statt „davon . . . verständigt worden" sagt der superrevidirte Entwurf § 1009 „Nachricht davon erhält", das bürgerliche Gesetzbuch § 1019 a. b. G. B. „benachrichtigt worden ist".

worden, so hat dieser ein Klagerecht gegen den Machtgeber oder Machthaber."

Es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß man die gleiche Verbindlichkeit des Machtgebers und Machthabers damit motivirte, daß in dem Auftrage des einen und in der Annahme des andern verpflichtende Offerten für den Dritten enthalten seien, welche dieser, sobald er „davon" (d. i. von dem Auftrage und von der Annahme) verständigt worden sei, annehmen könne.

§ 16. Fortsetzung. — Auslegung.

So wenig sich die Aufgabe des Auslegers unseres Paragraphen darauf beschränken darf, den Zielen und Zwecken, den Meinungen und Irrthümern jener schwachen Majorität nachzugehen, die für die Entscheidung des Gesetzgebers ausschlaggebend war, so wenig hat gegenüber einer so dunkeln und vieldeutigen Gesetzesbestimmung, die weder auf den Vorgang eines älteren oder fremden Rechtes, noch auf irgend ein erkennbares Bedürfniß des Verkehres gegründet ist, eine Auslegung den Anspruch auf allgemeine Anerkennung, welche sich in Widerspruch setzt zu der erkennbaren Auffassung der Redactoren — vorausgesetzt natürlich, daß nicht etwa dieser Auffassung der Wortlaut des Gesetzes entgegensteht. Dieses letztere aber ist von vornherein nicht leicht zu besorgen bei einem Paragraphen, der so viele und widersprechende Auslegungen erfahren hat, unter denen doch kaum eine durch den Hinweis auf den Buchstaben des Gesetzes vollkommen widerlegt werden könnte. Aber nur auf den Sinn kann es ankommen, den die Gesetzesverfasser mit dieser Bestimmung verknüpft haben, nicht auf ihren Willen, d. h. nicht auf die Abstimmung, die ja für sich allein jeder Bedeutung entbehrt; daher ist uns die Auslegung der Mitglieder der Minorität ebenso wichtig wie die Aeußerungen Pfleger's, Aichen's oder Haan's und wird auch der Zeiller'sche Commentar einen wichtigen Interpretationsbehelf bilden. Gegen die Verwerthung des Commentars könnte man vielleicht einwenden, daß Zeiller, unzufrieden mit dem Beschlusse, das Gesetz absichtlich nach seinem Sinne sich zu Recht gelegt, d. h. willkürlich mißdeutet habe; aber abgesehen davon, daß eine solche Annahme, wenn sie schon nicht ausgeschlossen erscheint, doch die Wahrscheinlichkeit gegen sich hat, ist zu beachten, daß Zeiller im Ganzen und Großen mit dem von Haan angeregten Beschlusse in der zweiten Lesung einverstanden erscheint (nur das Klagerecht gegen den Machthaber billigt er nicht) und daß er es ist, der höchstwahrscheinlich die Redaction des Beschlusses besorgt hat.

Alle diese Anhaltspunkte führen, wenn man noch auf den damaligen Stand der Doctrin, auf das systematische Element und auf den sogenannten Parallelismus (§ 1403 a. b. G. B.) Rücksicht nimmt, zu den nachstehenden Sätzen:

I. Der Mandatsvertrag nach § 1019 a. b. G. B. enthält einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten[1]) im Sinne der älteren Theorie (Acceptationstheorie), nicht im Sinne der modernen Lehre (Anwachsungstheorie), also keine Ausnahme von dem Principe der § 881 a. b. G. B. Die Erklärungen beider Contrahenten begründen Rechte für den Dritten, aber erst wenn er annimmt und damit er annehmen könne, ist die Verständigung seitens des einen oder andern Theiles erforderlich.[2]) Die Gründe dieser Behauptung liegen in Folgendem:

---

[1]) Freilich „ein merkwürdiger Vertrag zu Gunsten Dritter, aus welchem der Dritte zunächst gegen den Promissar ein Klagerecht hat". Menzel, Grünhut's Zeitschr., 11. Bd., S. 668, Note 98.

[2]) Menzel, a. a. O., S. 669. Vgl. A. L. R., I, 5, §§ 74—77. Diese Auslegung ist auch in der Praxis verbreitet. So wird z. B. in den Erkenntnissen des Prager Oberlandesgerichtes vom 20. October 1886, Z. 24.812, und vom 16. Februar 1887, Z. 4361, ganz im Sinne der älteren Theorie einerseits aus den §§ 881, 1091 und 1287 a. b. G. B. der Schluß abgeleitet, „daß Verträge zu Gunsten Dritter nach österreichischem Rechte statthaft sind", anderseits bemerkt, daß es, „um die aus einem solchen Vertrage zu Gunsten eines Dritten hervorgehenden Rechte zu erwerben, eines Annahmeactes seitens dieses Dritten" bedarf. Beide Urtheile wurden vom Obersten Gerichtshofe (Slg. Nr. 11.462, beziehungsweise 11.610) bestätigt. Vgl. auch die an Zeiller erinnernden Entscheidungsgründe der unteren Instanzen in Slg. Nr. 13.542. Der Oberste Gerichtshof selbst hat in den Gründen der oben § 4, Note 7 erwähnten, in das Materienregister eingetragenen Entscheidung ausgesprochen, daß die Annahme (das Einverständniß) seitens des Dritten nothwendig, jedoch nicht an die im § 862 a. b. G. B. für Offerten festgesetzte Frist gebunden sei: „Aus der Natur eines solchen Vertrages (scil. eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten) ergibt sich die auch in der grundsätzlichen Bestimmung des § 1019 a. b. G. B. zur Anerkennung gelangte Forderung, daß die verpflichtende Wirkung eines solchen Vertrages nicht davon abhängig gemacht werden kann, daß der begünstigte Dritte sein Einverständniß in Gemäßheit der Zeitbestimmungen des § 862 a. b. G. B. zu erkennen gebe. Der Geklagte, welcher sein Einverständniß durch Erheben der Einwendung des Schulderlasses zum Ausdrucke bringt, muß demnach als berechtigt angesehen werden, vom Kläger zu verlangen, daß dieser das Versprechen des Schulderlasses erfülle„ welches er seinem sterbenden Sohne, dem es an einem rechtlichen Interesse hieran nicht fehlte, gemacht hatte und durch welches allerdings ein dem Kläger verpflichtender Vertrag zwischen diesem und seinem Sohne zu Stande gekommen war".

1. Die Redactionsgeschichte zeigt, daß schon bei der ersten Lesung Ehrenberg die Bedeutung der (damals noch abgelehnten) Kundmachung in die Ermöglichung der Annahme gesetzt hatte, und daß das Erforderniß der Kundmachung in zweiter Lesung von Zeiller wieder eingefügt wurde, um der Bemerkung Pfleger's, daß sich ohne Annahme des Dritten dessen Klagerecht nicht begründen lasse, Rechnung zu tragen, endlich daß Pfleger thatsächlich für den dergestalt modificirten Paragraphen stimmte.

2. Nach der damaligen Doctrin hätte die Annahme des Promissars nur dann die des Dritten ersetzen können, wenn ihm verstattet worden wäre, „daß er das Versprechen im Namen des Dritten annehme", d. h. im Falle der stellvertretenden negotiorum gestio. [3])

3. Daß Zeiller speciell im § 1019 a. b. B. G. die Nothwendigkeit der Annahme nicht beseitigt findet und die Verständigung nur als eine Voraussetzung der Annahme auffaßt, ergibt sich aus dessen Erläuterungen zu § 1403 a. b. G. B. (Z. 5). [4])

4. Hätte § 1019 a. b. G. B. eine Abweichung von der Regel des § 881 a. b. G. B. statuiren sollen, so hätte dies in deutlicherer Weise als durch bloße Nichterwähnung der Annahme geschehen müssen. Zur Erwähnung der Annahme lag übrigens keine Veranlassung vor, da auch der zu Grunde liegende § 119 des Urentwurfes III. Theil nur der „Zusage" gedenkt, nicht aber auch der Annahme [5]), während § 1019 a. b. G. B. zunächst offenbar nur die Entbehrlichkeit dieser (wiederholten) Zusage aussprechen will, da eine Zusage schon im kundgemachten Mandate selbst liegen soll. [6])

---

[3]) Vgl. Glück, Commentar, IV, S. 564. Zeiller, Commentar zu § 881 a. b. G. B. (Z. 8), überhaupt die ganze zeitgenössische Literatur über Verträge zu Gunsten Dritter. Zeiller's Stellung zu der Frage des Annahmeerfordernisses kann nach seinen Erläuterungen a. a. O. (insbesonders unter Z. 7) nicht zweifelhaft sein. Ueber die ganz übereinstimmende Anschauung Haan's siehe oben § 15, vor Note 17.

[4]) „Hat aber der von der Annahme des Auftrages durch den Machtgeber oder Machthaber unterrichtete Assignatar die Anweisung angenommen, so ist er aus dem hiedurch zwischen ihm und dem Anweiser geschlossenen Anweisungsvertrage berechtigt, von dem Assignaten als Machthaber und Stellvertreter seines Schuldners die Zahlung zu begehren (§ 1019)."

[5]) Pfaff, Jur. Bl., 1885, S. 292.

[6]) Zur Unterstützung dieser Auffassung kann auch auf die Auslegung der Commentatoren hingewiesen werden, welche sämmtlich im § 1019 a. b. G. B. das Erforderniß der Annahme nicht beseitigt fanden. Vgl. § 15, Note 3.

II. § 1019 a. b. G. B. enthält auch keine Präsumtion oder Fiction der Annahme auf Grund des Stillschweigens.[7]) Vielmehr bestimmt das Gesetz über die Annahme gar nichts. Es ist möglich, daß das Schweigen des Gesetzes auch darin seinen Grund hat, daß man die Annahme vermöge einer praesumtio hominis für selbstverständlich hielt, daß man meinte, schon das bloße Stillschweigen werde (im Sinne des § 863 a. b. G. B.) als Annahmeerklärung anzusehen sein.[8]) Aber dieser Präsumtion fehlt jede Gesetzeskraft. Auch gilt sie für das mandatum aliena gratia nicht im höheren Maße und nicht aus anderem Grunde als für alle übrigen einseitigen Zuwendungen. So sehr daher ein Rechtssatz billigenswerth wäre, der für lucrative Offerten an Stelle der Acceptabilität die Repudiabilität setzen würde, berechtigt uns nichts, gerade aus dem § 1019 a. b. G. B. deswegen, weil er über die Annahme gar nichts bestimmt, einen Rechtssatz abzuleiten, der im Allgemeinen von den Redactoren bereits abgelehnt war.[9])

III. Der Mandant ist dem Dritten aus dem zwischen beiden in Folge des Beitrittes zu Stande kommenden pactum de contrahendo verpflichtet.[10]) Dies ergibt sich aus Folgendem:

1. Die Verpflichtung des Mandanten gegenüber dem Dritten entspringt aus der im Mandate enthaltenen Erklärung. Diese Verpflichtung kann nicht blos auf Verhaltung des Mandatars zur Erfüllung gerichtet, sie kann auch nicht blos subsidiärer Natur sein[11]), noch weniger darf sie

---

[7]) A. M. Krainz, I, S. 318 fg.; Menzel, a. a. O. S. 669; Ofner, S. 321; Nippel, Commentar, VII, S. 101.

[8]) Weiter dürfte wohl auch die Meinung Pfaff's (Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Jur. Bl., 1885, S. 292) nicht gehen, wenn er bemerkt, der Rechtssatz des Cod. Ther., III., Cap. II, § 90 (siehe oben § 11, vor Note 11) dürfe bei der Auslegung nicht unbeachtet bleiben. Denn er fügt hinzu: „Wahre Verträge zu Gunsten Dritter kennt der Codex Theresianus ebensowenig als der § 881 a. b. G. B." „Wahre Verträge zu Gunsten Dritter", d. h. wohl: Verträge zu Gunsten Dritter im Sinne der herrschenden Unger'schen Doctrin (nicht im Sinne der Beitrittstheorie).

[9]) Vgl. Prot., II, S. 5 und 8, §§ 861 und 863 a. b. G. B.

[10]) Kein pactum de contrahendo cum tertio, da sich der Mandant nicht gegenüber dem Mandatar verpflichtet, mit dem Dritten zu contrahiren, und der Mandatar sich nicht verpflichtet, im eigenen Namen zu contrahiren. Vgl. Tartufari, § 137; Unger, S. 90 fg.

[11]) Winiwarter und Stubenrauch zu § 1019 a. b. G. B. Vgl. dagegen Hasenöhrl, S. 468, Note 27.

auf den Fall beschränkt werden, „daß der Mandant bereits vor dem Mandate Schuldner des Dritten war, oder daß er sich vom Zahlungsmandatar nachträglich dasjenige leisten ließ, was dieser ursprünglich an den Dritten hätte leisten sollen". [12]) Denn das Gesetz macht keine derartigen Einschränkungen und aus der Redactionsgeschichte ergibt sich, daß gerade das Klagerecht gegen den Machtgeber im Vordergrunde stand und in erster Lesung sogar als das einzige statuirt war, das dem Dritten zustehen sollte. Das Klagerecht des Dritten gegen den Machtgeber kann aber auch nicht schlechthin auf einen sachlichen „Vortheil" (z. B. auf Zahlung einer Geldsumme) gerichtet sein, denn dann wäre die Verpflichtung des Machtgebers endgiltig eine in jeder Hinsicht abstracte. [13]) Soll nun der Rechtserwerb des Dritten eine juristische Bedeutung haben, gleichwohl aber auf das Mandat gestützt sein, so muß aus dem kundgemachten Inhalte des Mandates — eventuell unter Berücksichtigung der begleitenden Umstände — eine mögliche causa debendi zu entnehmen sein. Dies ist der Fall bei dem im § 119 des Urentwurfes gegebenen Beispiele: der „Vollmacht, einem Dritten 100 fl. zu schenken". Es würde aber auch zutreffen bei dem Auftrage, eine Summe darzuleihen oder als Mitgift zu geben. Der Auftrag „100 fl. zu geben" (ohne jede Erklärung) würde für sich allein nicht genügen, ein Klagerecht des Dritten zu begründen. Aber auch wo eine solche causa ersichtlich ist, kommt sie nur als eine künftige, außerhalb des Mandates liegende in Betracht. Denn das Mandat selbst hat seiner Natur nach eine causa obligandi (und zwar die causa mandati) nur im Verhältnisse zum Mandatar. Der gemäß § 1019 a. b. G. B. zum Vortheile des Dritten ertheilte Auftrag ist also nicht selbst zugleich Schenkung, Darleihen ꝛc.; er begründet blos die Verpflichtung zu schenken, darzuleihen ꝛc. Daher erlangt denn der Dritte zunächst wirklich ein abstractes Forderungsrecht gegen den Machtgeber auf Abschluß des betreffenden Geschäftes, aber dieses abstracte Forderungsrecht ist nur der Vorläufer des materiell charakterisirten Forderungsrechtes, das dem Dritten

---

[12]) Krainz, I, S. 321 fg.

[13]) Das Mandatsverhältniß kann nämlich nur eine causa für die allfällige Verpflichtung des Mandanten gegenüber dem Mandatar (actio mandati contraria), nicht aber auch für die Verpflichtung gegenüber dem Dritten abgeben, der ja doch nicht als Mandant des Mandanten angesehen werden kann. — Die Verpflichtung des Mandanten gegenüber dem Mandatar wird seltsamer Weise geleugnet in der mit Entsch. vom 10. December 1889, Z. 12.501, Slg. 13.040 bestätigten Entscheidung des mähriſch-schleſiſchen Oberlandesgerichtes.

aus der Ausführung des Auftrages, d. i. dem Abschlusse des mandirten Geschäftes erwächst. Die abstracte Natur jenes präparatorischen Forderungsrechtes ist unbedenklich, denn die bloße Verpflichtung zu contrahiren bedarf auch sonst keiner causa im technischen Sinne.[14]) Ein Mandat, das ausdrücklich blos auf Abschluß eines Rechtsgeschäftes ohne gleichzeitige Leistung gerichtet ist, kann direct offenbar keine andere Verpflichtung begründen.

2. Diese Auslegung hat die Protokolle nicht gegen sich, den Zeiller'schen Commentar aber für sich. Denn Zeiller[15]) spricht davon, daß der Auftrag ein „abzuschließendes Geschäft" betrifft, wählt als Beispiel den Auftrag, ein Geschenk zu geben und fügt hinzu: „Eben das läßt sich auf die Abschließung anderer Verträge, dafern sie nicht ganz unbestimmt gelassen worden sind (§ 936), anwenden". Zeiller betrachtet also als „Vortheil" im Sinne des § 1019 a. b. G. B. den mit dem Dritten abzuschließenden (vortheilhaften) Vertrag, daher die Verpflichtung ebenso wie die Verpflichtung aus einem Vorvertrage als auf Abschließung des Vertrages gerichtet zu denken ist, und Zeiller citirt sogar ausdrücklich den § 936 a. b. G. B., welcher von den Vorverträgen handelt.[16])

---

[14]) Der Vorvertrag kann eine causa haben; dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn er Bestandtheil eines anderweitigen zwischen denselben Parteien geschlossenen Hauptvertrages ist. Ganz irrthümlich ist jedoch die Meinung, daß überall die causa des Hauptvertrages auch oder gar ausschließlich causa des Vorvertrages sei. Wer einen Kaufvertrag schließt, verpflichtet sich, eine Geldsumme zu zahlen aus dem Grunde, weil der Gegner sich verpflichtet, hiefür eine gewisse Waare zu liefern. Wer aber einen Kaufvorvertrag schließt, thut dies (möglicherweise) ohne jede Gegenverpflichtung des andern Theiles, ohne Entgelt und doch nicht aus Liberalität, kurz ohne gegenwärtige causa, um einer künftigen (außerhalb des Vorvertrages liegenden) willen.

[15]) Zu § 1019 a. b. G. B.

[16]) Dem Zeiller'schen Commentar schließen sich wie gewöhnlich die Erläuterungen Nippel's so enge als möglich an. Dieser Schriftsteller (Comment. zu § 1019 a. b. G. B., 7. Bd., S. 101 fg.) wendet sogar die Vorschrift des letzten Satzes des § 936 a. b. G. B. unmittelbar auf das in Rede stehende Rechtsverhältniß an. Vgl. Hasenöhrl, I, S. 466, Note 21, der die Meinung Nippel's ganz richtig juristisch formulirt, aber keiner Widerlegung würdigt: „Vollends unbegründet ist es endlich, mit Nippel, VII, S. 101 fg., in der Benachrichtigung des Dritten eine Offerte zum Abschlusse eines pactum de contrahendo zu sehen, welches durch die darauffolgende Annahme von Seiten des Dritten zu Stande kommt." Hasenöhrl selbst, der das Geschäft als ein einfaches mandatum aliena gratia auffaßt (I, S. 467, Note 23), erklärt das Klagerecht gegen den Machtgeber gar nicht.

3. Endlich empfiehlt sich die hier vertheidigte Auslegung durch ihre Praktikabilität. Denn wenngleich die Vorschriften des § 936 a. b. G. B. nicht direct auf die nach § 1019 a. b. G. B. entspringende Verpflichtung anwendbar sind [17]), so erweist sich die Analogie des Vorvertrages doch höchst fruchtbar. Sie ist nicht nur für die Frage nach dem erforderlichen Grade der Bestimmtheit des Auftrages heranzuziehen — wie schon Zeiller gethan hat —, sondern entscheidend auch für die Frage des Formbedürfnisses. Die Form wird im Falle des § 1019 a. b. G. B. wie beim Vorvertrage für nothwendig gehalten werden müssen, „wenn für den Hauptvertrag vom Gesetz eine Form zu dem Zwecke vorgeschrieben ist, durch sie auf die Willensentschließung der Parteien einzuwirken, dieselben vor Uebereilung zu schützen — da sich die Annahme von selbst verbietet, daß der Gesetzgeber der Vereitlung seiner Absicht eine Thür offen lassen wolle". [18]) Die vielerörterte Frage der Formbedürftigkeit der nach § 1019 a. b. G. B. ertheilten Schenkungsaufträge löst sich demnach im Sinne der strictesten Wahrung der Form. [19]) Nicht nur der Auftrag [20]) oder nur die Verständigung oder beide, sondern auch die Annahme bedarf der Form. Im Geltungsgebiete des Gesetzes vom 25 Juli 1871, Nr. 76 R. G. Bl. ist also erforderlich entweder ein zwischen allen drei Betheiligten errichteter Notariatsact oder — wenn das Geschäft im Sinne des § 1019 a. b. G. B. successive zu Stande kommen soll — ein Notariatsact über das Mandat und ein zweiter Notariatsact über den Beitritt des Dritten (Intimation und Annahme), somit über ein zweites Rechtsgeschäft entweder zwischen dem

---

[17]) A. M., wie es scheint, Nippel, a. a. O. Aber die im § 936 a. b. G. B. enthaltene Rechtsbefristung kann als jus singulare wohl nicht im Wege eines bloßen Analogieschlusses auf den Fall des § 1019 a. b. G. B. ausgedehnt werden, zumal hier mit der Ertheilung und Annahme des Auftrages bereits zur „Vollziehung" der Zusage ein Schritt geschieht, dessen Wichtigkeit aus dem unmittelbaren Klagerechte des Dritten gegen den Machthaber erhellt. Daß die Redactoren bei der Abfassung des § 1019 a. b. G. B. die im § 936 a. b. G. B. normirte Frist nicht im Auge haben konnten, ist gewiß. (Vgl. Ofner, Prot., II, S. 462, Note 4.)

[18]) So für den Vorvertrag, Regelsberger, Hdb., S. 418 fg. Gerade darin liegt ja der Werth alles „Construirens", daß es einzelne, für sich betrachtet, schwierige Normen aus ihrer Isolirung heraushebt und ihnen die an anderen Punkten des Systems in ausreichender Menge aufgestapelten Gedankenschätze zuführt.

[19]) A. M. Hasenöhrl, S. 468, Note 28. Die richtige Ansicht hat der O. G. H. mit Entsch. vom 9. October 1894, Z. 9551, Zeitschr. für Notariat, 1894, Nr. 47, acceptirt.

[20]) Ofner, Der Auftrag ꝛc. Grünhut's Zeitschr., S. 323.

Mandanten und dem Dritten oder zwischen dem Mandatar und dem Dritten. Endlich ergibt sich auch schon aus der Analogie mit dem Vorvertrage, daß das Klagerecht des Dritten auch auf eine reale Leistung dann gerichtet ist, wenn diese Leistung zum Abschlusse des Vertrages gehört, also credendi causa (Zuzählung des Darlehens) oder donandi causa, dotis constituendae causa etc. erfolgen soll. Eine Leistung solvendi causa, d. i. zur Erfüllung des erst abzuschließenden Vertrages, kann dagegen auf Grund des § 1019 a. b. G. B. allein nicht gefordert werden.[21])

IV. Der Mandatar ist vermöge der (kundgemachten) Annahme dem Dritten gegenüber ebenso wie gegenüber dem Mandanten verpflichtet, den Auftrag auszuführen, nur daß für den Dritten die ihm nicht publicirten besonderen Verabredungen zwischen dem Mandanten und dem Mandatar z. B. bezüglich der Deckung nicht in Betracht kommen (arg. § 1017 i. f.). Die Klage des Dritten ist also eine zweite actio mandati directa, sie ist nicht die Klage des Mandanten und der Rechtserwerb des Dritten kein abgeleiteter[22]): denn der Dritte kann leicht mehr Rechte haben als der Mandant, insofern ihm nämlich gewisse Einwendungen[23]) nicht entgegengesetzt werden können, die sich der Mandant gefallen lassen muß.[24]) Die Klage des Dritten gegen den Machthaber ist aber auch nicht schlechthin die Klage auf den „Vortheil" selbst, etwa analog der Klage gegen den mit einem modus belasteten Legatar oder Donatar. Denn der Machthaber soll dem Dritten den Vortheil als Machthaber, also im Namen des Machtgebers verschaffen[25]), wie denn auch der Machtgeber — was bei einem bloßen modus nicht zu erklären wäre — thatsächlich dem Dritten gegenüber mitverpflichtet erscheint. Da es nun ganz ausgeschlossen ist; mit Ofner eine Klage gegen den Machthaber bei Execution in das Vermögen des Machtgebers zuzulassen, so kann die Klage des Dritten eben nur die

---

[21]) Dies ist besonders wichtig wegen des Klagerechtes gegen den Mandatar.

[22]) A. M. Krainz, § 136, Note 14 (unwiderrufliche Klageermächtigung).

[23]) Besonders wichtig für die Einrede der mangelnden Deckung, wenn nicht auf Credit (in bianco) mandirt war.

[24]) Umgekehrt können dem Dritten auch Einwendungen entgegenstehen, die gegenüber dem Mandanten nicht begründet sind, z. B. daß der Beitritt des Dritten zum Mandatsvertrage (etwa in Folge eines Formmangels) unwirksam sei. A. M. Krainz, § 136, S. 320 fg.; vgl. jedoch dessen Bedenken, ebenda, Note 35.

[25]) Vgl. Zeiller, Comm., ad § 1019 a. b. G. B. (er wird „als Stellvertreter . . . angekündigt").

einzige sein, die heutzutage gegen einen Machthaber *als solchen* in allen Fällen zulässig ist: die actio mandati. Der Dritte kann also den Machthaber auf Erfüllung des Auftrages, d. i. darauf belangen, daß er mit ihm im Namen des Machtgebers contrahire, also die Verpflichtung des Machtgebers aus dem pactum de contrahendo in dessen Namen erfülle. Gehört zum Abschluß des aufgetragenen Geschäftes eine reale Leistung (z. B. die Zuzählung der Darlehensvaluta), so ist der Mandatar hiezu als Assignat[26]) aus dem in der (kundgemachten) Annahme[27]) des Auftrages liegenden Accepte der Anweisung persönlich verpflichtet.[28]) Nur tritt jene Beschränkung der Haftung des Assignanten, welche § 1406 a. b. G. B. für die zum Zwecke der „Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten" angenommene Assignation statuirt, hier, wo es sich nicht um Befreiung, sondern vielmehr um Verpflichtung des Mandanten handelt, nicht ein.[29]) Vielmehr gilt im Falle des § 1019 a. b. G. B. die Regel des § 283 A. L. R. (I, 16): „Ist die Anweisung zwar angenommen, die Zahlung aber binnen der bestimmten Frist nicht geleistet worden, so hat der Angewiesene die Wahl, ob er sogleich auf den Anweisenden zurückgehen oder sich an den Assignaten aus der geschehenen Annahme halten wolle."[30])

Die vorstehende Untersuchung bietet, indem sie den einzig denkbaren Verpflichtungsgrund sowohl auf Seite des Mandanten (pactum de contrahendo) als auch auf Seite des Mandatars (mandatum, eventuell

---

[26]) Krainz, § 137, Note 12. Die ältere Doctrin betrachtete die Assignation regelmäßig nur als eine besondere, und zwar „sehr gewöhnliche" Gattung des Mandates. Höpfner, Commentar, § 928; Glück, XV, S. 241.

[27]) Krainz, § 137, S. 328 (Annahme = Zahlungszusicherung).

[28]) Vgl. § 1403 a. b. G. B. und Zeiller's Erläuterungen zu § 1403 (oben Note 4) und zu § 1019, bei welchem letzteren Zeiller allerdings nur den § 1409 (assignatio per modum cessionis) citirt, der hieher nicht paßt, weil er einerseits ein von der Assignation verschiedenes Schuldverhältniß zwischen dem Assignanten und dem Assignaten voraussetzt, anderseits nur für den Fall Bedeutung hat, daß der Assignat die Anweisung *nicht* angenommen hat.

[29]) Uebrigens entspricht gerade diese Regelung der Assignation den Verkehrsbedürfnissen und der ursprünglichen Bedeutung der Anweisung in höherem Grade als das aus Anweisung und Schuldübernahme gemischte Rechtsinstitut der §§ 1400 bis 1409 a. b. G. B. Vgl. Menzel, Grünhut's Zeitschr., 11. Bd., S. 602 ff.

[30]) Es ist bemerkenswerth, daß Zeiller (Ofner, Prot., II, S. 488) gerade die Vorschriften des preußischen Rechtes über Assignation als „recht musterhaft" hervorhebt.

verbunden mit Anweisungsaccept) hervorhebt, die nöthigen Anhaltspunkte, um die mannigfaltigen schwierigen Detailfragen, zu denen die Bestimmung des § 1019 a. b. G. B. Anlaß gegeben hat, im Sinne des Gesetzes zu lösen, während diejenigen Erläuterungen, die sich bei der formalen Construction des Geschäftes als Vertrag zu Gunsten eines Dritten beruhigen, hinsichtlich aller weiteren Fragen fast gänzlich auf das unsicher schwankende freie Ermessen nach Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsrücksichten angewiesen sind. Immerhin wird die Casuistik — wie immer bei derartig zusammengesetzten Geschäften — auch bei Festhaltung der gewonnenen Gesichtspunkte mannigfaltige Schwierigkeiten bieten. Für unsern Zweck muß der erbrachte Nachweis genügen, daß aus der Bestimmung des § 1019 a. b. G. B. kein Argument zu entnehmen sei gegen die Behauptung, daß § 881 a. b. G. B. die Verträge zu Gunsten Dritter allgemein und ausnahmslos verbiete und als Ausnahmen eben nur die unter demselben Gesichtspunkte betrachteten Fälle der Stellvertretung anerkannt habe.[31]) Denn daß § 1287 a. b. G. B. keine Ausnahme[32]) zu Gunsten der Lebensversicherung statuiren wollte, ergibt sich aus den Berathungsprotokollen[33]); abgesehen davon ist es doch wohl eine sehr bedenkliche Auslegung des § 1287, wenn man denselben zu einem reinen Blankettgesetze macht. In Wahrheit verweist dieser Paragraph nur auf die „festgesetzten Bedingungen" (Statuten), statt — außer den bereits in den §§ 859—937, 1175—1216, 1267 und 1268 a. b. G. B. gegebenen allgemeinen Vorschriften — noch besondere Normen aufzustellen. Es versteht sich aber doch wohl von selbst, daß jene allgemeinen Vorschriften, soweit sie jus cogens enthalten — also insbesondere auch die des § 881 a. b. G. B. — stärker sein müssen als die Statuten. Oder sollten diese auch festsetzen können, daß die erzwungene Einwilligung eines Mitgliedes, der Beitritt eines Wahnsinnigen ꝛc. giltig sei? Daß die Mitglieder oder die Anstalt auch zu unmöglichen oder unerlaubten Leistungen[34]) sich verpflichten können? Daß — um direct auf § 881 a. b. G. B. zu kommen —

---

[31]) Vgl. Prot., II, S. 16; Zeiller, Comment. zu § 881 a. b. G. B., Z. 3 und Z. 7; Höpfner, § 738, Note 1.

[32]) Unger, S. 99; A. M. Hasenöhrl, 1. Bd., S. 477; Randa, S 219, Note 51; Krasnopolski, Zeitschr. f. H. R., 27. Bd., S. 320.

[33]) Besonders II, S. 165 fg.

[34]) § 881 a. b. G. B. steht unter der Rubrik „Möglichkeit der Leistung"! Vgl. Unger, S. 97.

die Anstalt oder ihre Mitglieder auch Versprechen zu Lasten Dritter machen dürfen?

Nicht hieher gehören ferner die Begünstigungen Dritter in Erbverträgen[35]), da Erbverträge in Ansehung Dritter den Testamenten gleichstehen, die fraglichen Begünstigungen also regelmäßig als gewöhnliche Erbeinsetzungen oder Legate erscheinen, die nach den Bestimmungen des Erbrechtes zu beurtheilen sind; dann strenge genommen auch nicht die von Hasenöhrl[36]) als Ausnahme von der Regel des § 881 a. b. G. B. angeführte Bestimmung des § 1425 a. b. G. B., da auf Erklärungen, welche dem Gerichte gegenüber abgegeben werden, die privatrechtlichen Vorschriften über Verträge ohnehin nicht direct anwendbar sind. Die Bestellung eines Heiratsgutes[37]) erzeugt nicht vermöge des Vertrages, sondern vermöge gesetzlicher Reflexwirkung Rechte für den andern Gatten und der freiwillige Besteller kann eben nur ausbedingen, daß das Heiratsgut nach beendigter Ehe auf ihn zurückfalle.[38]) Wenn dessenungeachtet der Versuch, auf dem Gebiete des Familienrechtes, des Erbrechtes, des öffentlichen Rechtes Ausnahmen von der Regel des § 881 a. b. G. B. zu entdecken — Ausnahmen, an welche eben bei Abfassung des Paragraphen nicht gedacht wurde — zulässig erscheinen mag, so muß umso entschiedener der Meinung entgegengetreten werden, daß eine solche Ausnahme auch bei einem der gewöhnlichsten obligatorischen Verträge, beim Darlehen, im § 996 a. b. G. B. statuirt sei.[39]) Die kritische Bestimmung für den Fall, daß bei Darlehensverträgen „für sich oder andere Nebenvortheile bedungen werden", stammt aus dem § 10a des Wucherpatentes vom 2. December 1803, J. G. S. 640.[40]) Daß nun civilrechtlich ungiltige Geschäfte (z. B. mit Minderjährigen) ungeachtet ihrer Nichtigkeit als Wucher strafbar sein

---

[35]) A. W. Hasenöhrl, I, S. 477.

[36]) A. a. O. sub IV.

[37]) Krasnopolski, S. 320.

[38]) § 1229 a. b. G. B. Dies hebt mit Recht Unger, S. 99, hervor.

[39]) Krasnopolski, S. 320, unter Beistimmung Randa's, S. 219, Anm. 51.

[40]) „Für Wucher in Bedingungen erklärt das Gesetz: a) wenn außer der ausgedrückten Frist der theilweisen oder gänzlichen Rückzahlung des Capitals und Abtragung der Zinsen dem Schuldner unter was immer für einer Gestalt oder Benennung Nebenschuldigkeiten aufgelegt oder für sich oder für andere Nebenvortheile bedungen werden." Gleichzeitig mit diesem Patente wurde auch § 996 a. b. G. B. ausdrücklich außer Wirksamkeit gesetzt durch das Gesetz vom 14. Juni 1868, Nr. 62 R. G. Bl.

können, ist selbstverständlich.[41]) Aber die fragliche Norm ist nicht etwa blos gedankenlos aus einem Strafgesetze in das bürgerliche Gesetzbuch hinübergenommen worden. Es war vielmehr trotz der Regel des § 881 a. b. G. B. dringende Veranlassung vorhanden, diese Bestimmung aufzunehmen, sollte nicht strafbarer Wucher civilrechtliche Ansprüche für den Mitschuldigen erzeugen. Denn es liegt auf der Hand, daß „Nebenvortheile für andere“ [42]) auf den mannigfaltigsten, dem Wucher sehr geläufigen Umwegen giltig bedungen werden können. Am einfachsten, wenn der Darlehensgeber auf Grund einer Vollmacht zugleich als Stellvertreter für jene andern contrahirt.[43]) Dann in der Weise, daß die Genehmigung des für den Begünstigten ohne Auftrag geschlossenen Geschäftes erwirkt wird; ferner durch Beiziehung desselben zum Abschlusse des Geschäftes; oder dadurch, daß der Dritte, z. B. der Unterhändler im Namen des Darlehensgebers contrahirt und dabei für sich im eigenen Namen etwa eine übermäßige Provision[44]) stipulirt; endlich kann der „Namensträger“ für sich und den Geldgeber contrahiren, indem er zunächst scheinbar blos für sich im eigenen Namen contrahirt, sodann aber die Forderung mit Ausnahme eines Theilbeitrages (d. i. eben des Nebenvortheiles) cedirt. In allen diesen Formen und in manchen andern, die sich leicht erdenken lassen, konnte „Wucher in Bedingungen“ auftreten, überall mußte (und zwar bei Scheingeschäften gemäß § 916 a. b. G. B.) die Regel des § 996 a. b. G. B. gelten. Abgesehen von alledem sagt § 996 a. b. G. B. nicht einmal, ob und wem (dem Contrahenten oder den „anderen“?) ein Klagerecht auf die Leistung der Nebenvortheile, soweit sie das Maß der erlaubten Vertragszinsen nicht überschreiten, zustehe. Es ist daher ein in jeder Beziehung unzulässiges argumentum a contrario, wenn aus dem im § 996 a. b. G. B. enthaltenen Verbote auf die (ausnahmsweise!) Gestattung von Verträgen zu Gunsten Dritter bei Darlehensgeschäften geschlossen werden soll.

---

[41]) Die Doctrin des sechzehnten Jahrhunderts beschäftigte sich mit der Frage, ob sich der Darleiher neben Rückerstattung des Capitals auch Versprechen lassen könne, ut mutuarius comitetur uxorem mutuantis oder ut mulier copiam sui faciat (Endemann, Studien, I. S. 363), obwohl man dergleichen Verabredungen gewiß nicht für an sich klagbare Verträge zu Gunsten oder zu Lasten Dritter hielt.

[42]) Mitschuldige: Namensträger, Cessionäre, Unterhändler ꝛc. (§ 11 des citirten Patentes).

[43]) Daß das Wort „für“ (z. B. im § 881 a. b. G. B.) auch auf den Fall der Stellvertretung passe, wird allgemein anerkannt. Vgl. oben § 2, Note 3.

[44]) § 21 des citirten Patentes.

Ist es richtig, daß das bürgerliche Gesetzbuch den Verträgen zu Gunsten Dritter — im Sinne der herrschenden Lehre — ohne Ausnahme die Anerkennung verweigert, so können dieselben nur noch auf dem allerdings weiten und wichtigen Gebiete des Handelsrechtes und anderer besonderer Zweige des Privatrechtes[45]), welche das Gewohnheitsrecht zulassen, dann im Bereiche der Consularjurisdiction rechtlichen Bestand erlangen. Dadurch ergibt sich der traurige Mißstand, daß wichtige Rechtsinstitute in dieser Hinsicht verschiedenen Normen unterliegen, je nachdem sie unter das bürgerliche oder unter das Handelsrecht fallen, und, was noch wichtiger ist, daß zahllose in Oesterreich seit jeher ohne Rücksicht auf § 881 a. b. G. B. zu Gunsten Dritter geschlossene Geschäfte sehr verschiedener Art der Giltigkeit entbehren. Thatsächlich ist es unmöglich, derartige Verträge grundbücherlich durchzuführen. Denn dem Tabularrichter muß der materielle Rechtsgrund der Eintragung — also nach österreichischem Rechte auch die Annahme seitens des Dritten — urkundlich nachgewiesen werden. Die sonst so beliebte stillschweigende Annahme durch Geltendmachung des Rechtes ꝛc. ist hier ausgeschlossen. In Folge dessen haben sich insbesondere auf dem Gebiete des Landwirthschaftsrechtes Zustände herausgebildet, die geradezu unerträglich sind. Noch immer ist bei unseren Bauern die successio anticipata durch Gutsabtretung mit Auflage des Altentheils für den abtretenden Grundbesitzer und dessen Frau, dann der Abfindungen für die Geschwister des Uebernehmers allgemein üblich, trotzdem dieses Rechtsgeschäft bisher nur im Bereiche des Gebührenrechtes[46]) zur Anerkennung gelangt ist. Die Praxis hat ein wenig erfreuliches Auskunftsmittel gefunden, um diesen Geschäften rechtlichen Bestand zu sichern. Lemayer[47]) berichtet, daß derartige Geschäfte in Mähren als Kaufgeschäfte formulirt werden. Ich kann beifügen, daß dies auch in Niederösterreich — natürlich ohne daß die Betheiligten eine Vorstellung davon haben — allgemein geschieht. Der Vorgang ist scheinbar der, daß der Anerbe das Gut kauft und daß ihm der seinem Erbtheile entsprechende Theil des Kaufpreises erlassen wird; nur die auf seine Geschwister entfallenden Theile soll er zahlen und diese sollen nun auf dem Gute sichergestellt werden. Aber wie? Die

[45]) Vgl. Pfaff-Hofmann, Comm., I, S. 246.

[46]) Vgl. § 5 der Erläuterungen des k. k. Finanzministeriums vom 17. October 1855, Z. 15.255/1143, betreffend die „Gutsabtretungen von Eltern an ihre Kinder, welche in der Absicht vorgenommen werden, was unter Umständen nach dem Tode der Eltern geschehen würde, schon bei Lebzeiten in Vollzug zu setzen".

[47]) Gerichtszeitung, 1869, S. 326, Note 9.

Beiziehung der Geschwister zur Errichtung der Urkunde ist häufig unthunlich. Sie stehen in weiter Ferne in Dienst und Arbeit, nicht selten ist sogar ihr Aufenthalt schwer zu eruiren. Die mährischen Gerichte geriethen nun, nach der Mittheilung Lemayer's, stets in Zweifel, ob die Kaufgeldquote des Nichtcontrahenten einzuverleiben sei „zu Gunsten dieses Dritten — also nach dem Wortlaute des Vertrages, aber gegen die Regel des § 881 — oder zu Gunsten des Verkäufers — der als Promissar darauf Anspruch hat — oder endlich zu Gunsten des Käufers, der den betreffenden Betrag eben wegen des § 881 lucrirt". Seit Erlassung des allgemeinen Grundbuchsgesetzes hat sich die Situation wenigstens für die Gerichte allerdings vereinfacht. In Niederösterreich bedingt der Uebergeber, dessen wirkliche Intentionen in der notariellen Urkunde nicht zum Ausdrucke gelangen, die Abfindungen der Geschwister des Anerben schon in der Urkunde einfach für sich selbst aus, und zu seinen Gunsten wird der „Kaufpreis" sichergestellt. Nach dem Ableben des factisch vermögenslosen Ausgedingers sind die Erben natürlich sehr überrascht, daß nun zunächst eine weitläufige Verlassenschaftsabhandlung stattfindet und dann erst die grundbücherliche Durchführung im Sinne des wirklichen Uebereinkommens erfolgt. Dabei gibt es Uebertragungsgebühren, Abhandlungskosten, Mühe und Zeitversäumniß; die Anticipation der Erbfolge, auf die es abgesehen war, ist vereitelt. Besser geht es den Verträgen zu Gunsten Dritter im Bereiche der contentiosen Rechtspflege; die usuelle Interpretation der §§ 1019 und 1287 a. b. G. B., die Fiction der gesetzlichen oder unbeauftragten Stellvertretung, die Präsumtion der Annahme und ähnliche Auskunftsmittel bieten sich dar, die der Theoretiker nicht billigen kann, ohne doch zu wünschen, daß die Praxis gerade in diesem Punkte sich von der Theorie leiten lasse. Erblicken wir doch in dieser Praxis das wohlbekannte Symptom, das überall den Widerstreit verräth zwischen dem geschriebenen Rechte und den Bedürfnissen des Volkes, zwischen dem Buchstaben des Gesetzes und dem Geiste jener wahrhaften Billigkeit, deren Anforderungen im Allgemeinen so schwer und so leicht im besonderen Falle zu erkennen sind: dieselbe wohlmeinende Künstelei in der Deutung des Gesetzes und der Zurechtlegung des einzelnen Falles[48]), die, von einer ungebundenen Begriffsjurisprudenz für ihre

[48]) „Una folla di finzioni, di incoerenze, di apprezzamenti arbitrari, che sono nel diritto privato la generazione parassitaria di ogni legge che limita la libertà senza un bisogno supremo." Vivante, Contratto di assicurazione, vol. 2, pag. III. Vgl. Baron, Krit. Vierteljahrsschr., 19. Bd., S. 377 und speciell über

weltfremden Zwecke erfunden, auf dem Gebiete der Praxis die ungesunde und doch wohlthätige Vorläuferin des heilenden Gesetzes ist.

§ 17. Rückblick. Inhalt der Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter.

Unsere bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß im Bereiche des österreichischen und des gemeinen Rechtes in einzelnen Fällen das Gesetz, mehr aber als das Gesetz die Rechtsprechung und mehr als die Rechtsprechung das Verkehrsleben anerkennt die Verträge zu Gunsten Dritter, d. h. Verträge, aus welchen nach dem Willen der Contrahenten ein Dritter Rechte erwirbt, ohne daß es hiezu einer Willenserklärung seinerseits bedürfte. Wir haben gesehen, daß bei diesen Geschäften die Möglichkeit einer (nach anderer Richtung vielleicht bedeutsamen) Annahme durch den Dritten nicht ausgeschlossen ist; daß die Feststellung des Zeitpunktes der unwiderruflichen Rechtsentstehung für den Dritten, d. i. der Moment, in welchem sich der in der Regel zunächst die Contrahenten wechselseitig verpflichtende Vertrag in einen Vertrag zu Gunsten Dritter verwandelt, nicht ausschließlich von der Vereinbarung abhängt; daß insbesondere bei den obligatorischen Verträgen im engeren Sinne dieser Zeitpunkt nicht zusammenfällt mit dem Momente der Vertragserrichtung. Die Bedeutung dieser Ergebnisse ist eine vorwiegend negative, insoferne damit gewisse doctrinäre, auf einer Ueberspannung des Willensdogmas fußende Anschauungen abgelehnt werden sollen.

Unsere bisherigen Ausführungen sollten aber auch die Lösung der Frage nach dem positiven Gehalte der Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter, d. i. die Frage nach dem Wesen und der Fruchtbarkeit dieses modernen Begriffes vorbereiten.

Wiederholt begegnen uns in der Literatur skeptische Bemerkungen, die den Werth der umfang- und stoffreichen Literatur über die Verträge zu Gunsten Dritter zweifelhaft erscheinen lassen.

Schon die erste in's Detail gehende Untersuchung (Gareis), die die Anregung und Grundlage für andere Werke von größerem Umfange (Moltzer, Tartufari) geliefert hat, veranlaßte einen bedeutenden Kritiker[1]) zu der Behauptung, es sei ein vergebliches Bestreben, eine

---

das Verhalten der österreichischen Praxis zu dem gesetzlichen Verbote der Verträge zu Gunsten Dritter Pfaff, Grünhut's Zeitschr., 1. Bd., S. 218 ff.

[1]) Stobbe, Zeitschr. f. H. R., 19, S. 305.

einheitliche Theorie der Verträge zu Gunsten Dritter aufzustellen. Es liege nur für eine beschränkte Anzahl von Fällen Veranlassung vor, dergleichen Verträge abzuschließen, und diese Fälle seien so heterogen, daß eine völlig gleichmäßige juristische Behandlung derselben weder zu erwarten, noch zu fordern sei. Während aber Stobbe schon damals die Aussicht eröffnete, daß sich auf Grund der abgesonderten Betrachtung der Einzelfälle a posteriori brauchbare Sätze gewinnen lassen würden [2]), meint Windscheid [3]), die allgemeine Lehre könne nur „das Princip feststellen: Möglichkeit der Zuwendung eines Forderungsrechtes durch vertragsmäßige Collectiverklärung". [4]) Es ist nur ein anderer, schärferer Ausdruck für diese Ansicht, wenn Ehrenberg [5]) erklärt: „Das, was man ‚Verträge zu Gunsten Dritter' nennt, ist meines Erachtens kein Rechtsinstitut, sondern ein Rechtsphänomen, d. h. es lassen sich nicht — sowenig wie z. B. für die Ihering'schen ‚Reflexwirkungen' — einheitliche Rechtssätze irgend welcher Art an diesen Begriff anknüpfen, welche für alle Rechtsthatsachen zutreffen, bei denen jenes Rechtsphänomen zur Erscheinung kommt."

Die Controverse ist ganz eigenartig: Wort und Werk treten einander entgegen. Auf der einen Seite die nackte Negation der Möglichkeit einer ausgeführten, in's Detail gehenden Theorie und auf der andern Seite umfangreiche Arbeiten, welche diese Theorie darzustellen meinen. Ab esse ad posse valet consequentia. Es kommt also nur darauf an, zu untersuchen, worin denn eigentlich der Stoff dieser literarischen Werke bestehe. Enthalten sie denn nur unrichtige oder nicht zur Sache gehörige Ausführungen? Das wird schwerlich gegenüber so werthvollen und belehrenden Leistungen jemand behaupten wollen. Nur das kann eingeräumt werden, daß viele wichtige und ergiebige Untersuchungen nicht an der richtigen Stelle stehen, wenn sie in der Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter vorgetragen werden. Es sind nämlich drei Probleme oder Kategorien von Problemen, mit denen sich die Bearbeiter dieser Lehre beschäftigen und die alle unabweisbar sind.

---

[2]) Thatsächlich hat Stobbe in seinem Handbuche § 172 (und § 181) knappe, aber sehr werthvolle allgemeine Ausführungen geboten.

[3]) Pand., § 316a, Note 14.

[4]) Vgl. gegen Windscheid insbesondere Tartufari, S. 234, welcher an der Möglichkeit festhält, für diese Verträge gewisse typische (normale) Wirkungen wissenschaftlich nachzuweisen und in dieser Weise Sätze zu gewinnen, deren allgemeiner Charakter durch die Zulassung von Ausnahmen nicht beeinträchtigt würde.

[5]) Vers.-Recht, S. 191, Note 6.

I. Die Anerkennung von obligatorischen Verträgen zu Gunsten Dritter, insbesondere von Verträgen, aus denen der Promissar kein Recht erwirbt, setzt dieselben in Widerspruch mit dem herkömmlichen Vertragsbegriffe.[6]) Wenn die Annahme des Versprechens nicht eine Willenserklärung des Inhaltes ist, daß man ein Forderungsrecht erworben wolle, was ist sie denn? Eine bloße Formalität etwa, um das juristische Gewissen zu beruhigen, welches unmittelbar und ohne Erklärung gegenüber irgend Jemanden verpflichtende Versprechen oder gar in und mit sich selbst geschlossene Verträge nun einmal nicht zulassen kann? Also der Promissar wäre nur dazu da, damit das Versprechen — ähnlich dem außergerichtlichen Geständnisse — nicht „in den Wind gesprochen" sei?[7]) Er hätte nur die Rolle des Papiers zu spielen, welches „das Versprechen entgegen nimmt, und zwar sein Träger, nicht aber der aus demselben Berechtigte ist"?[8]) Er wäre nur der beliebige Strohmann, den man braucht, weil zum Contrahiren zwei Personen gehören und weil der, den die Sache angeht, gerade nicht bei der Hand ist? Es ist klar, daß es hier nur zwei Möglichkeiten gibt: entweder zu sagen, daß die Verträge zu Gunsten Dritter keine Verträge sind, oder den allgemeinen Vertragsbegriff insbesondere hinsichtlich der Rolle des zweiten Contrahenten so zu modificiren, daß auch die Verträge zu Gunsten Dritter darunter passen. Das wäre das Problem. Die Lösung, zu der alle bisherigen Arbeiten drängen, dürfte in ihren Grundzügen auf dem Gedanken beruhen, daß man, um Promissar und Acceptant zu sein, bei allen Verträgen ohne Ausnahme einer Legitimation bedürfe. Diese Legitimation liegt nicht dort, wo sie die ältere Theorie suchte, in der Nothwendigkeit eines besonders nachzuweisenden Interesses. Sie liegt vielmehr überall in der Nothwendigkeit einer causalen Beziehung zwischen den Contrahenten, vermöge welcher der Promissar berufen erscheint, auf die Entschließungen des Promittenten Einfluß zu nehmen. Wer z. B. aus Gesundheitsrücksichten endgiltig auf das Tabakrauchen verzichten möchte, der kann seinen Willen nicht dadurch rechtlich binden, daß er den Ersten Besten herbeiruft und ihm verspricht, nicht zu rauchen, worauf dann der gewählte „Promissar" nur „einverstanden" oder „angenommen" zu sagen hätte. Wir sehen hier ein ver-

[6]) Vgl. Hofmann, Entstehungsgründe, S. 45, wo „die ganz abnorme Natur dieser Verträge, wodurch sie von andern Verträgen sich unterscheiden", zugegeben wird.

[7]) Hofmann a. a. O. S. 46.

[8]) Hasenöhrl, I, S. 461.

nünftiges Motiv, wir sehen Offerte und Annahme; die Leistung ist möglich und erlaubt. Und doch entsteht kein Vertrag: es fehlt die causale Legitimation des Promissars.[9]) Niemand aber wird behaupten wollen, daß ein Vertrag des angeführten Inhaltes nicht rechtsgiltig geschlossen werden könnte. In zahllosen Dienstverträgen verpflichten sich die Angestellten gegenüber ihrem Arbeitgeber, am Arbeitsorte nicht zu rauchen. Der Zweck einer solchen Bestimmung ist gleichgiltig. Vielleicht wird sie nur durch die Laune des Dienstgebers dictirt. Aber sie ist eine Verpflichtung aus dem Dienstvertrage; sie wird eingegangen um des Lohnes willen; die causa obligandi ist für beide Theile vorhanden.

Der Promissar ist also niemals eine blos bestätigende und gewissermaßen fungible „Solennitätsperson". Vermöge einer bestimmten geschäftlichen Beziehung (causa) ist er berufen, ebenso wie der Promittent den Inhalt des Vertrages zu bestimmen und er bewährt sich auch nach Abschluß desselben bei gemeinsamer Abänderung oder Aufhebung als gleichberechtigter Herr des Geschäftes.

Nicht anders ist es bei den Verträgen zu Gunsten Dritter. Der Promittent verpflichtet sich dem Dritten um des Promissars willen.[10]) Der Promissar ist es, der innerhalb der durch den Willen des Promittenten gezogenen Grenzen die Rechte des Gläubigers und ganz regelmäßig sogar dessen Person bestimmt, die ja dem Promittenten oft genug gleichgiltig ist. Die Befugniß aber, einem andern (dem Promittenten) einen Gläubiger zu geben, ist regelmäßig so viel werth als die eben nur einen Specialfall bildende Befugniß, sich im Vertrage selbst zum Gläubiger zu machen. In der Erlangung und Ausübung dieser Befugniß besteht das Interesse des Promissars; der Werth derselben macht die Gegenleistungen verständlich, die bei den Verträgen zu Gunsten Dritter so häufig vorkommen, daß man sie für ein wesentliches Merkmal derselben gehalten hat.[11]) Die

---

[9]) Eine causa promittendi ist vorhanden, aber keine causa accipiendi, folglich keine causa obligandi. Denn wie die Obligation, muß sich auch ihre causa gleichmäßig auf beide Contrahenten erstrecken. Eine andere, nicht hieher gehörige Frage ist es, inwieferne in Ansehung der Wirkungen des Vertrages von jener causa abstrahirt werden kann, die beim Abschlusse des Vertrages nothwendigerweise vorhanden sein muß.

[10]) Der Promittent verpflichtet sich nämlich dem Dritten, nicht weil der Dritte, sondern weil der Promissar diese Verpflichtung verlangt.

[11]) Leonhard, S. 28. Dessen ungeachtet kann ein Vertrag zu Gunsten Dritter auch wohl donandi causa geschlossen werden, vgl. z. B. Ehrenberg, Versicherungsrecht, S. 57, Note 12. Denn der Promittent könnte, wenn dies unzulässig wäre,

Verträge zu Gunsten Dritter eröffnen uns somit einen tieferen Einblick in das Wesen des Contractes. Sie lassen uns denselben gleichsam als einen mit zwei Stimmen gefaßten Beschluß und schon dieses Stimmrecht selbst als eine rechtlich (causal) begründete Befugniß erkennen, deren Werth nicht verloren geht, wenn sie von einem der Stimmführenden nicht zu eigenen, sondern zu Gunsten eines am Vertragsschlusse nicht betheiligten Dritten ausgeübt wird.

II. Ein zweites Problem, mit welchem sich die Literatur besonders eingehend befaßt hat, bildet die Entbehrlichkeit der Annahme seitens des Dritten. Es fällt mit dem ersten nicht zusammen[12]) und ist wie dieses unter einem allgemeineren Gesichtspunkte zu erfassen. Versprechen und Annahme schließen sich dem Dritten gegenüber zu einer einseitigen Willenserklärung, zu einem einzigen, allerdings blos von einem der Contrahenten[13]) zu erfüllenden Versprechen zusammen.[14]) Deshalb hat Siegel[15]) die Verträge zu Gunsten Dritter unter die Versprechen eingereiht. Zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner besteht, wie Hofmann[16]) erläutend bemerkt, „kein Vertrag, also kann seine Forderung sich nicht auf einen solchen, sondern nur auf ein Versprechen gründen". Die Entbehrlichkeit der Annahme dieses Versprechens für den Rechtserwerb des Dritten beruht aber einzig und allein auf der Erwägung, daß es sich eben nur um Rechtserwerb handelt. Die ganze Frage sollte also, wie bereits oben § 11 ausgeführt wurde, mindestens de lege ferenda, gleichmäßig für alle blos berechtigenden Offerten gelöst werden. Aber dadurch, daß man gerade den Verträgen zu Gunsten Dritter in dieser Beziehung eine bevorzugte Stellung eingeräumt hat, sind sie doch wohl ein besonderes Rechtsinstitut geworden. Freilich bildet dieses den Verträgen zu Gunsten Dritter gemeinsame Moment —

---

dem Promissar gleich nach Abschluß des Vertrages die Gegenleistung schenkungsweise erlassen.

[12]) Die Annahme des Promissars supplirt nicht die des Dritten. Sie hat eine selbständige, bereits nachgewiesene Bedeutung. Denn der Promissar acceptirt anerkanntermaßen nicht im Namen des Dritten. Wenn man aber sagen wollte, er acceptire eben zu Gunsten des Dritten, so könnte dies nur entweder nichts oder dasselbe bedeuten. Vgl. (gegen Gareis, S. 223 ff.) Stobbe, S. 126, Note 52.

[13]) Anders nach der in Oesterreich herrschenden Lehre im Falle des § 1019 a. b. G. B.

[14]) Moltzer, S. 360 ff. mit Berufung auf Siegel; Hasenöhrl, S. 460 f.; vgl. auch Stobbe, 3. Bd., S. 110.

[15]) S. 142 ff.

[16]) Entstehungsgründe, S. 45.

die Entbehrlichkeit der Annahmeerklärung des Gläubigers — keine ausschließliche Eigenthümlichkeit derselben. Denn alle Fragen, die sich daran knüpfen und die, wo Annahmeerklärung gefordert wird, nicht oder nicht in gleicher Weise auftauchen können — Nothwendigkeit der Bekanntmachung, Möglichkeit des Rechtserwerbes einer erst nachträglich zu bestimmenden oder gar erst nachträglich zur Existenz gelangenden Person, Ablehnbarkeit ꝛc. — finden wir bei den andern, nicht annahmebedürftigen Versprechen, insbesondere bei der Auslobung wieder. Mag z. B. immerhin Martinius[17]) Recht haben, wenn er meint, es bedürfe einer positiven, in besonderer Weise beschränkten Vorschrift, welche noch nicht geborene Dritte für den Fall der Geburt aus Verträgen über Leistungen an dieselben als berechtigt erscheinen läßt.[18]) Aber dann bedarf es einer solchen Vorschrift auch für die Auslobung, auch wohl für die an eine persona incerta gerichtete Offerte und überhaupt für alle Geschäfte, aus welchen ungewisse oder künftige Personen Rechte erwerben sollen. Es läßt sich also in dieser Richtung thatsächlich keine Norm auffinden, welche, für alle Verträge zu Gunsten Dritter passend, zugleich nur diesen Verträgen eigenthümlich wäre.

III. Aber nicht nur mit der Art und dem Zeitpunkte der Begründung, sondern auch mit der Beschaffenheit und dem Wesen des Rechtes selbst, das dem Dritten zufällt, hat sich die Theorie der Verträge zu Gunsten Dritter eingehend beschäftigt. Viel erörtert sind die Fragen, welche Einreden dem Promittenten gegen den Dritten zustehen, ob er z. B. mit den ihm gegen den Promissar zustehenden Forderungen gegenüber dem Dritten compensiren könne, ferner wie den Gläubigern des Promissars zu helfen sei, der sein verschuldetes Vermögen zum Vortheile des Dritten verwendet hat, dann ob und welche Rechte dem Promissar z. B. bei Unmöglichkeit der Leistung zukommen und viele andere. Tartufari hat diesen Fragen eine zusammenfassende Darstellung gewidmet, die vielleicht den werthvollsten Theil seines trefflichen Werkes bildet, aber auch Bähr, Gareis, Regelsberger, Danz, ja fast alle Schriftsteller haben sich mit einzelnen hieher gehörigen Untersuchungen mehr oder minder eingehend befaßt und Bedeutendes geleistet. Nur auf diesem Gebiete liegt das

---

[17]) S. 599 fg. Vgl. Motive, 2. Bd., S. 270 zu § 413, Entw. I, dann die curiose Vorschrift des § 283, Abs. 2, Entw. II, und darüber Rüdiger, Assecuranzjahrbuch, 1894, S. 107 fg.

[18]) Vgl. über dieses von der deutschen Theorie vernachlässigte Problem Laurent, S. 138 ff.

Verdienst der geistvollen Arbeit Leonhard's.[19]) Leonhard ist es, der das, worauf es uns hier ankommt, zuerst erkannt und bestimmt ausgesprochen hat: daß der Begründungsact mit den Wirkungen des Geschäftes nichts zu thun hat. Alle Fragen, welche die rechtliche Natur des (einmal unwiderruflich begründeten) Anspruches des Dritten betreffen, gelten ganz gleichmäßig für alle Geschäfte, an denen ein Dritter als Berechtigter theilnimmt, ohne Unterschied, ob er beim Vertragsabschlusse persönlich oder durch einen Stellvertreter mitgewirkt oder das Recht ohne jede Mitwirkung aus fremdem Vertrag erworben hat.[20]) Was also — wenn man von der Erörterung des Errichtungsactes absieht — von den Verträgen zu Gunsten Dritter im Allgemeinen gesagt werden kann, überhaupt jeder Satz, der nicht die Form, sondern den Inhalt, nicht den Consens, sondern die causa, nicht das Werden, sondern das Sein betrifft — gilt gleichmäßig für alle „zweigliedrigen" Geschäfte und gilt insbesondere für die Verträge zu Gunsten Dritter, nur weil sie zweigliedrige Geschäfte sind. Der Untersuchung dieser Geschäfte im Allgemeinen ist der zweite Theil der gegenwärtigen Schrift gewidmet.

Die Fruchtbarkeit des Begriffes der Verträge zu Gunsten Dritter ist somit thatsächlich eine ziemlich geringe, und eine weise und gerechte, d. h. das Gleiche gleich behandelnde Gesetzgebung könnte dieses Begriff vielleicht ganz der Wissenschaft überlassen, indem sie einerseits gewisse allgemeine Normen über Verträge überhaupt, dann über die lucrativen Offerten oder Versprechen, anderseits über die zweigliedrigen Geschäfte aufzustellen hätte, welche Normen dann ohneweiters auf die Verträge zu Gunsten Dritter Anwendung finden sollten. Umso eingehender müßten selbstverständlich die einzelnen hieher gehörigen Geschäftstypen je nach ihrer Eigenart behandelt werden.

---

[19]) Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten. Leipzig 1892.

[20]) Leonhard betrachtet allerdings auch bei den Verträgen zu Gunsten Dritter den Promissar als Stellvertreter des Dritten. Dies schmälert jedoch die Bedeutung seiner Auffassungsweise nicht.

Zweiter Theil.

Die Spaltung der Parteirollen im obligatorischen Vertrage.

Erster Abschnitt.

Allgemeines.

§ 18. Mehrheit der Subjecte bei Verträgen.

Einige Verträge gestatten die gleichmäßige Betheiligung einer unbegrenzten Anzahl von Personen (Gesellschaft, Spiel), die meisten weisen den Contrahenten nur zwei scharf abgegrenzte, aber sich ergänzende, man könnte sagen symmetrische Parteirollen zu: die Rolle des Darleihers oder die des Darlehensnehmers, die Rolle des Schenkers oder die des Beschenkten, die Rolle des Verkäufers oder die des Käufers ꝛc. [1]) Zuweilen sind die Parteirollen nicht blos symmetrisch, sondern vollkommen gleich (Tausch) und doch ist hier die Zweiheit und das Bedürfniß wechselseitiger Ergänzung nicht minder wesentlich, als in den Fällen, in welchen schon die verschiedenen Namen den Gegensatz der Parteirollen zum Ausdrucke bringen.

Wo nun bei einem solchen zweitheiligen (dualistischen) [2]) Vertrage eine größere Anzahl von Contrahenten auftritt, kann dies nur durch

---

[1]) Vgl. die treffenden Bemerkungen Kuntze's (Gesammtact, S. 31 ff.), welcher „zweiseitig und mehrseitig angelegte oder kurz: dualistische und pluralistische Verträge" unterscheidet und die Gesellschaftsverträge als „synergische" den „synallagmatischen" Verträgen gegenüberstellt. Dazu Stintzing, Nondum est ex empto actio, S. 6.

[2]) Die zweitheiligen Verträge können wieder in ein- und zweiseitige geschieden werden.

Vervielfältigung, Theilung oder Zerlegung der einen oder anderen Rolle geschehen, niemals kann hier wie z. B. beim Gesellschaftsvertrage eine selbständige dritte Rolle geschaffen werden.

Beim Kaufvertrage müssen also alle Contrahenten entweder Käufer oder Verkäufer sein.

Eine Vervielfältigung der Käuferrolle liegt vor, wenn statt eines Käufers mehrere vorhanden sind, deren jeder die Rolle ganz und voll (mit allen Rechten und Pflichten) übernommen hat. Das ist also der Fall der Correalobligation.

Eine Theilung tritt ein, wenn mehrere Käufer die Rolle nach Quoten unter sich theilen, so daß z. B. jeder von drei Käufern ein Drittel der Rechte und ein Drittel der Pflichten eines Käufers auf sich nimmt. Das ist der Fall der juristisch getheilten Obligation.

Endlich könnte die Käuferrolle in ihre Bestandtheile zerlegt sein. Die Rechte und Pflichten des Käufers sind auseinander genommen und verschiedenen Personen zugewiesen, der A darf die Tradition der Waare fordern, dem B steht der allfällige Anspruch aus dem ädilicischen Edicte, dem C das Recht zu, die Entwehrung geltend zu machen, der D muß den Kaufpreis zahlen, der E die Zinsen desselben entrichten ꝛc. Eine solche vollkommen zergliederte Käuferrolle wäre ein instructives Object für den Juristen, im Verkehre wird dergleichen nicht vorkommen. Was vorkommt, und zwar recht häufig, ist ein Specialfall der Zerlegung, die einfache Spaltung der Parteirolle: einer Person kommen alle Rechte, einer andern alle Verbindlichkeiten eines Käufers zu. Dieser Specialfall wird uns im Folgenden beschäftigen.

Die erörterten Phänomene (Vervielfältigung, Theilung, Spaltung) schließen einander nicht aus; mit größter Leichtigkeit gehen sie alle möglichen Verbindungen ein. Spaltung und Theilung könnnen sich z. B. so verbinden, daß dem A alle Verbindlichkeiten und drei Viertel der Rechte, dem B ein Viertel der Rechte eines Käufers zukommen. Oder der A hat alle Verpflichtungen, dem B und dem C steht je die Hälfte der Rechte zu. Dazu kann nun die Vervielfältigung treten, indem die von A übernommenen Verbindlichkeiten (ohne Rechte) auch von D und E zur gesammten Hand mit übernommen werden. Uns interessirt nur das durch dergleichen Begleiterscheinungen nicht veränderte Wesen der Spaltung.

Wenn wir nun als Object der Spaltung nicht die dauernde Parteirolle selbst, sondern blos ihre vorübergehenden Functionen denken würden, d. h. ihre so merkwürdig gesonderten Pflichten und Rechte, so könnten

wir den Bestand einer Spaltung nur dort anerkennen, wo wirklich Rechte und Pflichten einer einzigen Partei auf zwei Subjecte vertheilt neben einander bestehen. Eine solche actuelle Spaltung wäre regelmäßig nur bei synallagmatischen Geschäften zu entdecken, und auch bei diesen würde sie in dem Momente erlöschen, in welchem die Forderung oder die Verbindlichkeit eines Theiles wegfällt. Und doch dauert die Spaltung der Parteirolle als eine latente, gleichsam potentielle Erscheinung fort. Möge auch der Kaufvertrag von beiden Seiten dem Anscheine nach erfüllt sein; hinterher kann sich die Leistung immer noch als ungenügend erweisen, und selbst wenn beide Theile befriedigt sind, können noch dritte Personen einen Angriff auf das bereits abgewickelte Geschäft unternehmen. Wo überhaupt das Geschäft nachträglich noch einer juristischen Beurtheilung unterzogen werden muß, da wird auch die Thatsache wieder wichtig, daß eine Parteirolle gespalten war und blieb.

Eine latente oder potentielle Spaltung vermögen wir nun auch bei einseitigen Geschäften wahrzunehmen. Bei den sogenannten unvollkommen zweiseitigen Geschäften, z. B. dem Depositum, ist sie unverkennbar, denn sie verwandelt sich leicht genug in patente, actuelle Spaltung. Aber selbst beim Darlehen ist sie nicht zu übersehen. Darlehensgeber und Darlehensgläubiger, Darlehensnehmer und Darlehensschuldner können verschiedene Personen sein. Wenn nicht Recht und Pflicht, so sind doch die verlierende und die gewinnende, die veräußernde und die erwerbende Hälfte der Parteirolle von einander getrennt. Der A gibt das Darlehen, der B soll es zurückbekommen; oder der A empfängt das Darlehen, der B soll es zurückgeben. Wo dann das Gesetz schlechthin von der einen oder von der andern Partei spricht, da entsteht im Falle der Spaltung beim einseitigen ebenso wie beim zweiseitigen Vertrage die Frage, ob dieser oder jener oder beide Träger der Parteirolle gemeint seien.[3]

[3]) Vgl. z. B. l. 7, § 7 D. de S. C. Mac. 14, 6: „Proinde et si alius mutuam dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit.“ Der Stipulant ist also wirklich als Darlehensgläubiger zu behandeln, obwohl er nicht der Darlehensgeber ist. Vgl. Wendt, Dogm. Jahrb., 28. Bd., S. 36, und 32. Bd., S. 130. Nun wird z. B. die Frage aufgeworfen, auf wessen Unkenntniß es ankomme, wenn die Einrede cessiren soll. Ulpian entscheidet für die strengste Meinung: si alteruter eorum ignoravit in patris esse potestate, severius dicendum est, utrique nocere. Dagegen trifft die Vorschrift des § 1008 a. b. G. B., welche zum Abschlusse von „Anleihen“ oder „Darlehen“ im Namen anderer besondere Vollmacht fordert, nach der ratio legis nur den Darlehensgeber, nicht den Darlehensgläubiger, und nur den Darlehensschuldner, nicht den Darlehensnehmer.

Und diese Frage, die insbesondere bezüglich der Einreden und bezüglich des Anfechtungsrechtes der Gläubiger schon lange die Rechtswissenschaft beschäftigt, ist bei beiden Kategorien von Verträgen nach den gleichen Grundsätzen zu lösen. Es wird daher im Folgenden von der Spaltung der obligatorischen Verträge im allgemeinen die Rede sein, mögen auch dabei die Fälle der actuellen Spaltung bei zweiseitigen Verträgen vielfach in den Vordergrund treten.

Hingegen bleiben die liberatorischen Verträge außer Betracht, um die Lehre nicht zu sehr zu compliciren. Eine der Spaltung analoge Erscheinung zeigt sich auch bei ihnen. Bei der gewöhnlichen Zahlung z. B. ist es dieselbe Person, die erfüllt und die befreit wird; aber bei der Ehrenzahlung treten Last und Vortheil auseinander: der eine zahlt die fremde Schuld, der andere wird frei durch fremde Zahlung. Gleichwohl wäre es unstatthaft, die Rechtsnormen der obligatorischen Parteirollenspaltung ohneweiters auf die liberatorische zu übertragen.

Bei den dinglichen Verträgen kommt eine ähnliche Erscheinung nicht vor.

Im Folgenden werden wir denjenigen Contrahenten, welchem die berechtigende oder erwerbende Hälfte einer Parteirolle zukommt, den Begünstigten, denjenigen aber, dem die verpflichtende oder veräußernde Hälfte zugefallen ist, den Beschwerten nennen, während der Träger der andern (ganzen) Parteirolle schlechtweg der Gegencontrahent oder die Gegenpartei (Gegentheil) heißen soll.[4]) Es ist richtiger, von Parteien als von

---

[4]) Versuche, die juristische Terminologie zu berichtigen oder zu ergänzen, pflegen wenig Beifall zu finden; allein kurze Ausdrücke zur Bezeichnung der in so verschiedener Weise an dem Geschäfte betheiligten Personen sind unentbehrlich. Man kann sich nicht überall der Fürwörter, oder Buchstaben, oder Schablonen namen bedienen, und Umschreibungen, wie z. B. „derjenige, der den Dritten durch eine Abrede auf eigene Kosten bereichert" statt „der Beschwerte" (vgl. Leonhard, S. 56), werden bei öfterer Wiederholung sehr lästig. Der matte Kunstausdruck „Dritter" paßt nur auf Verträge mit zwei Contrahenten und kann dort, wo auch Verträge mit 3 Contrahenten in Frage kommen, unbedenklich durch den im Versicherungsrechte bereits eingebürgerten Ausdruck „Begünstigter" ersetzt werden. Der Terminus „Beschwerter" könnte eher Anstoß erregen, weil er im Erbrechte eine wesentlich verschiedene Bedeutung hat. „Gegenpartei" endlich ist ein bloßes Verlegenheitswort, das von vornherein nicht den Anspruch erheben kann, sich in der Lehre von der Parteirollenspaltung, falls diese eine reichere Ausbildung erfährt, dauernd zu behaupten. Für die gegenwärtige Abhandlung werden die drei Ausdrücke in Ermangelung von besseren fortan ohne weitere Erklärung verwendet werden.

Contrahenten zu sprechen. Denn es kann in den Trägern der Parteirollen und ihrer Bestandtheile nach Abschluß des Vertrages ein Wechsel eintreten, ohne daß hiedurch die Eigenart des Rechtsverhältnisses berührt würde. Ja oft entsteht die Spaltung der Parteirollen erst hinterher, sowie ja auch die Vervielfältigung (durch Beitritt eines Solidarschuldners) und die Theilung (etwa durch Erbgang) häufig genug nachträglich eintritt.

Die Spaltung der Parteirollen entsteht nachträglich am gewöhnlichsten durch Cession, aber auch durch Schuldübernahme[5]) und durch Novation.

Eine Cession kann ohne Zustimmung des Gegentheils nie die ganze Parteirolle, sondern immer nur die berechtigende Hälfte derselben übertragen.

Cedirt also der Käufer, der seine Verpflichtungen noch nicht erfüllt hat, seine Kaufrechte, so haben wir sofort das eigenthümliche Bild der Parteirollenspaltung. Der Cedent erscheint dem Cessus gegenüber als der beschwerte, der Cessionar als der begünstigte Theil.

§ 19. Cession von Forderungen aus zweiseitigen Verträgen. (Nachträgliche Spaltung.)

Die mit Recht herrschende Lehre[1]) gestattet im Principe die Cession der aus zweiseitigen Verträgen fließenden Rechte, auch wenn die mit denselben zusammenhängenden Verbindlichkeiten noch nicht erfüllt sind. Dadurch werden insbesondere auch die aus den sogenannten Lieferungsgeschäften hervorgehenden Ansprüche verkehrsfähig. Der Handel, insbesondere die Börse können der Cessibilität dieser Ansprüche nicht entrathen. Selbstverständlich bleiben die Verbindlichkeiten sammt und sonders auf den Schultern der Cedenten liegen und ebenso selbstverständlich erwirbt der Cessionar nicht mehr Rechte, als sein Vormann übertragen konnte, er muß sich also die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und selbst die Einrede der Compensation aus der Person des Vormannes gefallen lassen.[2]) Wenn

---

[5]) Vgl. Windscheid, § 340, Note 4; Hasenöhrl, I, S. 235.

[1]) Vgl. bezüglich der Literatur Windscheid, § 335, Note 14, und Hasenöhrl, II, S. 176 fg. Ferner § 965 des sächs. Gesetzbuches und die Motive des deutschen Entwurfes, 2. Bd., S. 121.

[2]) „Forderungen, bei welchen der Berechtigte zugleich Verpflichtungen hat, können nicht mit den Verpflichtungen abgetreten werden. Ohne diese Verpflichtungen können sie abgetreten werden, vorbehaltlich der dem Schuldner zustehenden Einreden" (§ 965 Sächs. Gesetzb.). Schmid, Cession, 2. Bd., S. 313 fg.

einzelne Schriftsteller[3]) die Cession derartiger Rechte für unzulässig erklären, so geschieht es nur deshalb, weil sie dabei an die mögliche Absonderung von den Verbindlichkeiten gar nicht denken. Andere[4]) glauben, das Princip durch zahlreiche Ausnahmen durchbrechen zu müssen. Woferne nun diese Ausnahmen aus der höchstpersönlichen Natur gewisser Rechte, aus dem Willen der Parteien oder aus andern Rücksichten abgeleitet werden, die ebenso der Cessibilität rein einseitiger Ansprüche im Wege stehen würden, ist dagegen nichts einzuwenden. Ganz unrichtig ist aber der Gedanke, daß bei gewissen Verträgen, wie z. B. beim Bestandvertrage, eine besonders intime, gleichsam unentwirrbare Verschlingung der Rechte und Pflichten stattfinde, welche die Spaltung und damit auch die Möglichkeit der Cession der Rechte (des activen Theiles der Parteirolle) ausschließe.[5]) Zuzugeben ist nur, daß ausnahmsweise Leistungen vorkommen, welche im Interesse beider Theile liegen und bezüglich welcher daher Recht und Pflicht zusammenfallen. So ist die Herausgabe des verlegten Werkes nicht

---

[3]) Thibaut, Pandekten, § 77, Note m („mit Verbindlichkeiten vermischte Rechte"); Vangerow, Pand. § 574, Anm. 2 (läßt jedoch die Abtretung der bereits in der Person des Cedenten begründeten actio ausdrücklich zu).

[4]) Attenhofer, Zeitschr. für schweiz. Recht, N. F., 4. Bd., S. 185 ff., 6. Bd. S. 339 ff.

[5]) Vgl. die Ausführungen Attenhofer's in Betreff des Miethvertrages, 6. Bd., S. 344, des Werkvertrages, S. 354 ff., und des Dienstvertrages, S. 387 ff. Bezüglich des Werkvertrages wird z. B. auf Grund der Annahme, daß die persönliche Leistung des Unternehmers sehr wesentlich sei, behauptet, „daß das Recht des Unternehmers, vor Vollendung des Werkes vom Besteller Haltung des Vertrages, eventuell volle Schadloshaltung zu verlangen, mit seiner Verbindlichkeit, das Werk fertigzustellen, untrennbar verbunden ist". Hieraus soll folgen, „daß durch die Zulassung der Cession der gesammten Rechte des Unternehmers die rechtliche Lage des Bestellers verändert, beziehungsweise verschlechtert würde. Diese Verschlechterung würde darin bestehen, daß der Besteller sich mit seinen Ansprüchen auf Fertigstellung des Werkes nicht mehr an seinen ursprünglichen Contrahenten, sondern lediglich an dessen Cessionar halten könnte". Im Gegentheile: er könnte sich lediglich an den ursprünglichen Contrahenten halten. Die Schlesinger'sche Monographie über die Unzulässigkeit der Beschlagnahme ꝛc. („nebst Erörterungen über die rechtliche Natur und die Cession der gegenseitigen Obligationen") geht von einer klareren und consequenteren Auffassung des Principes der Parteirollenspaltung aus (vgl. z. B. S. 53 die Parallele mit den zweiseitigen Contracten der hausunterthänigen Personen nach römischem Rechte). Nur führt eine eigenartige Verwerthung der Keller'schen Lehre von den gegenseitigen Verträgen den Verfasser zu ganz abstrusen Ergebnissen. Vollkommen scharf wird der Gedanke der Spaltung von Schmid, a. a. O. S. 311 ff., durchgeführt.

nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht des Verlegers gegen den Autor.[6]) In derartigen Fällen ist der Vertrag nicht vollkommen synallagmatisch, er nimmt bezüglich dieser einen Leistung die Natur eines „synergischen" Vertrages an. Wo nun dieselbe Leistung zugleich Recht und Pflicht ist, muß sie begreiflicherweise einfach vom Pflichtstandpunkte aufgefaßt werden, wenn die Spaltung und Uebertragung der Parteirolle in Frage kommt. In den normalen Fällen des rein synallagmatischen Vertrages, also in der Regel[7]) bei Kauf, Miethe, Lohnvertrag, Mandat ꝛc. steht der Spaltung nichts im Wege. Es ist unrichtig zu sagen, daß beispielsweise bei der Miethe nur die Ansprüche auf die einzelnen Miethzinse abgetreten werden können.[8]) Eine derartige Versplitterung kommt zwar häufig vor, aber ebenso häufig die Uebertragung des ganzen activen Theiles der Vermietherrolle. Man denke nur an den Fall, wo die durchgreifende Cession der sämmtlichen Rechte der einen Partei das Aequivalent bildet für die vom Cessionar dem Cedenten gegenüber übernommene Verpflichtung, sich die Ausübung der sämmtlichen, dem Gegentheile zustehenden Rechte gefallen zu lassen, oder wo überhaupt die Cession durch eine Assignation ergänzt und somit ein vollständiger Uebergang der Parteirolle bewirkt werden soll. Keine einzige gemeinrechtliche Quellenstelle[9]), keine Bestimmung des österreichischen

---

[6]) Vgl. Attenhofer, 6. Bd., S. 354 ff.

[7]) Ausnahme nach dem eben Gesagten: wenn die Ausübung des Rechtes zugleich Pflicht ist (bezüglich des Kaufes: l. 9 D. de act. e. et vend. 19, 1).

[8]) Vgl. z. B. Mühlenbruch, Cession, S. 315; Sintenis, Civilrecht, S. 808; Attenhofer, 6. Bd., S. 350 u. a. Richtig Schmid, S. 314 ff.

[9]) In l. 32 D. loc. 19, 2 kann das non posse cogi colonum vernünftigerweise nur auf eine Klage des Erben (nicht des Legatars) bezogen werden; von der Unzulässigkeit einer Cession ist in dieser Stelle keine Rede. Vgl. Windscheid, § 361, Note 3. Die auffällige Motivirung „quia nihil heredis interesset" legt sogar die Annahme sehr nahe, daß der Legatar der Interessirte und darum Klageberechtigte sei, während allerdings die Verbindlichkeiten, die aus dem Pachtvertrage hervorgehen, nach dem Principe der Parteirollenspaltung den Erben belasten. Die Stelle würde danach etwa Folgendes theils sagen, theils voraussetzen: Beim Legat einer verpachteten Sache kann der Legatar entweder die pachtfreie Uebergabe fordern oder sich die Pachtrechte cediren lassen. In keinem von beiden Fällen hat der Erbe ein Interesse, die Fortsetzung des Pachtvertrages vom Pächter zu fordern. Im ersten Falle hat das Interesse (und das Recht) niemand, im zweiten nur der Cessionar. In jedem Falle dagegen kann sich der sogleich oder nachträglich ausgetriebene Pächter an den Erben halten; im ersten, weil er berechtigt ist, die Aufrechthaltung des Vertrages zu fordern, im zweiten, weil er sich einen Schuldnerwechsel nicht gefallen lassen muß.

Privatrechtes schließt die Möglichkeit einer derartigen Cession unter gleichzeitiger Rollenspaltung aus, während das Bedürfniß des Lebens immer wieder dazu drängt.[10])

Die Cession führt also bei zweiseitigen Verträgen eine nachträgliche Rollenspaltung herbei. Der Cedent ist der Beschwerte, der Cessionar der Begünstigte. Aber die Wirkung ist nicht ganz die gleiche wie bei der ursprünglichen. Vor allen Dingen muß der Cessionar in jeder Beziehung als Rechtsnachfolger des Cedenten angesehen werden, während bei ursprünglicher Rollenspaltung das Recht in der Person des Begünstigten entsteht. Dann ist dort auf den Umstand Rücksicht zu nehmen, daß die Spaltung ohne den Willen des Gegentheils eingetreten ist, während hier der Wille desselben sie mit herbeigeführt hat.

§ 20. Rechte des pater familias aus Verträgen der Gewaltunterworfenen. (Ursprüngliche gesetzliche Spaltung.)

Einen Fall der ursprünglichen Rollenspaltung von rechtswegen bietet im römischen Rechte der Erwerb aus Verträgen der Gewaltunterworfenen, und zwar ohne Zweifel einen im antiken Verkehrsleben recht häufigen Fall. Der Hausſohn kann für sich keine Rechte erwerben, er kann seinem Vater im Principe keine Verbindlichkeiten auflegen. Kauft also der Hausſohn irgend eine Waare auf Lieferung, also ohne daß die Waare oder der Preis sofort geleistet wird, so erlangt der Vater das Recht, die Lieferung der Waare zu fordern, den Sohn aber trifft die Pflicht, den

---

[10]) Vgl. die in's Detail gehenden Ausführungen Attenhofer's bezüglich der verbreitesten der hier in Betracht kommenden Contracte. Nur den praktisch sehr wichtigen Fall der Cession der aus dem Lebensversicherungsvertrage erwachsenden Rechte berührt Attenhofer nicht. Diesbezüglich sind die Erörterungen Vivante's, Contratto di assicurazione, Bd. III, Nr. 50—59, zu vergleichen, welche mit den oben im allgemeinen vorgetragenen Lehren ganz übereinkommen. Die Cession erfolgt ohne Zustimmung des etwa bezeichneten Begünstigten (dessen Anwartschaft durch die Cession beseitigt wird) und, soweit die Versicherungsbedingungen nicht entgegen stehen, auch ohne Zustimmung der Versicherungsgesellschaft (Nr. 52); der Cessionar erlangt alle Rechte aus dem Vertrage, auch das Rückkaufsrecht und den allfälligen Anspruch auf Gewinnantheil (Nr. 55); dagegen bleibt der Cedent Schuldner der Gesellschaft (Nr. 56). Die Gesellschaft behält alle Einwendungen (Nr. 55), die Spaltung ist eine vollkommene. Vgl. hierüber auch Lewis, Versicherungsrecht, S. 327 fg.; Rüdiger, Lebensversicherungsvertrag, S. 304 f.

Kaufpreis zu zahlen.[1]) Und die Spaltung ist eine durchgreifende. Alle möglichen Ansprüche (z. B. auch die Gewährleistungsansprüche) stehen ausschließlich dem Vater zu, alle Verpflichtungen ohne Ausnahme treffen nur den Sohn. Die Spaltung ist eine ursprüngliche: Placet, quoties adquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei, cuius quis in potestate est, confestim adquiri ei cuius est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona eius, per quem adquiritur: et sic ei adquiri, cui adquiritur.[2]) Die Spaltung tritt von rechtswegen ein.[3]) Würde sie vom Willen der Parteien abhängen, so könnten wir hier mit gutem Rechte von Verträgen zu Gunsten Dritter sprechen. Weil sie von rechtswegen eintritt, müssen wir sagen: diese Verträge unterscheiden sich dem Abschlusse nach in nichts von den „eingliedrigen", aber sie haben die Wirkung der „zweigliedrigen" Verträge.

Und deshalb sind sie sehr lehrreich. Vor allem stellen sie das Princip außer Zweifel: die Trennbarkeit von Recht und Pflicht, von Last und Vortheil beim gegenseitigen Vertrage[4]) — also die Möglichkeit der Rollenspaltung. Dem Vater fällt die Stellung des Begünstigten, dem Sohne[5]) die des Beschwerten zu. Beide Positionen sind haarscharf geschieden.

Wie nun heutzutage die weitreichenden Rechtssätze in Betreff der Spaltung der Parteirollen fast nur in der Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter erörtert zu werden pflegen, so finden sich dieselben in den Quellen des römischen Rechtes beinahe nur in Ansehung der Ge-

---

[1]) Dernburg, Comp., 2. Aufl., S. 75; Schmid, Cession, 2. Bd., S. 312 fg.; Mandry, Familiengüterrecht, 1. Bd., S. 147; Bechmann, Kauf, 2. Bd., S. 186.

[2]) l. 79 D. de adquir. vel. omitt. her. 29, 2; Buchka, Stellvertretung, S. 9 ff.; Mandry, S. 142 fg.; Mühlenbruch, Cession, S. 116 fg. Wenn daher Mitteis, Stellvertretung, S. 6, bemerkt, der Hausunterthänige begründe das Recht wenigstens gedankenmäßig in seiner Person und das so begründete Recht gehe auf den Dominus über, so sieht er sich doch (Note 6) genöthigt, im Hinblicke auf die citirte Quellenstelle beizufügen, es sei die Entstehung des Rechtes in der Person des Hausunterthänigen eben „nur eine gedachte".

[3]) Mandry, S. 122 ff.

[4]) Dernburg, Compensation, S. 75 f.; Mandry, Familiengüterrecht, I, S. 147 fg.

[5]) Die Geschäfte des Sclaven bleiben hier besser außer Betracht, weil die Sclaven nur naturaliter obligirt werden, so daß das ganze Rechtsverhältniß eine etwas complicirtere Gestalt annimmt. Vgl. darüber besonders Bechmann, a. a. O., S. 185 ff.

schäfte hausunterthäniger Personen entwickelt, so daß denn Geistesarbeiten sich begegnen, die von geradezu entgegengesetzten Gebieten — den obsoletesten und den modernsten Rechtsinstituten — ausgehen; ein schönes Zeugniß für die Fruchtbarkeit der römischen Jurisprudenz, die durch so tiefgehende Veränderungen der Lebensverhältnisse kaum geschmälert wird.

Denn soweit die romanistischen Lehren von der Parteirollenspaltung bei Rechtsgeschäften der personae subjectae nicht in den besonderen Eigenthümlichkeiten der Gewaltverhältnisse, sondern im Wesen des zweiseitigen Vertrages [6]) begründet sind, gestatten, ja fordern dieselben allgemeinere Anwendung.

Daneben fällt — weil bei den Geschäften der hausunterthänigen Personen der Gewalthaber nicht oder nicht nothwendig mitwirkt — vieles für die Lehre von den eigentlichen Verträgen zu Gunsten Dritter und — weil häufig ein Auftrag des Gewalthabers [7]) die Grundlage des Geschäftes bildet — auch für die Lehre von der Stellvertretung ab.

In das Gebiet der Lehre von den eigentlichen Verträgen zu Gunsten Dritter gehört es, daß der Consens, insbesondere auch der Einfluß von dolus und Zwang seitens des Gegentheils nur nach der Person des contrahirenden Hauskindes [8]) beurtheilt wird und daß nur dieses, nicht auch der Hausvater handlungsfähig [9]) sein muß, endlich daß beim Kaufe die Kenntniß des Sohnes in Ansehung der geheimen Mängel der Waare dem Vater schadet, während die Unkenntniß desselben ihm nützt. [10])

Nur wo beim Abschlusse des Vertrages der Vater mitwirkt, sei es vermöge des ertheilten Auftrages, sei es, daß er beim Geschäfte selbst anwesend ist, da schadet auch seine eigene Kenntniß, ungeachtet der Ignoranz des Sohnes. [11])

---

[6]) Daher denn auch Keller in Bekker's Jahrb., IV, S. 336 ff. seine bekannte Theorie bezüglich der Natur der zweiseitigen Verträge vielfach auf die uns hier interessirenden Quellenstellen stützt.

[7]) Vgl. die von Mandry, I, S. 127 ff. behandelten Fälle.

[8]) Mandry, S. 120, 127.

[9]) Mandry, S. 67.

[10]) Mandry, S. 121, 127 ff.

[11]) l. 51 pr. D. de aed. ed. 21, 1; l. 13 D. cont. emt. 18, 1; l. 16, § 3 und l. 17 D. lib. caus. 40, 12; Buchka, S. 14; Keller, Pandekten, § 231, Note 12; Mandry, S. 127 ff., besonders S. 129: „In solchem Falle wirkt der Gewalthaber zur Bestimmung der merx mit, also zu demjenigen Theile des Willensentschlusses,

Von größter Wichtigkeit und für alle Fälle der Parteirollenspaltung gleichmäßig giltig sind die Rechtssätze über die Einreden des Gegentheils. So der Satz, daß der Gewalthaber, obgleich er zur Erfüllung der Kaufobligation nicht verpflichtet ist, sich die exceptio mercis non traditae gefallen lassen muß.[12]) Es wird später gezeigt werden, daß diese Einrede — eine echte exceptio — gerade nur für diese und verwandte Fälle der Parteirollenspaltung gegeben wurde, weil sie nur hier nöthig war.[13]) Ferner der Satz, daß gegenüber dem Begünstigten die Compensationseinrede soweit sie nicht (ex eadem causa) die eben erwähnte Einrede vertritt, aus Ansprüchen gegen den Beschwerten nicht zulässig ist.[14]) Dann die allgemeine Zulässigkeit der exceptio doli specialis.

Ebenso würde die Regelung der Geschäfte der gewaltunterworfenen Personen Quellenzeugnisse — falls solche nöthig wären — für das Erforderniß der Rechts- und Erwerbsfähigkeit auf Seiten des Begünstigten und für das Entfallen dieses Erfordernisses auf Seite des Beschwerten bieten.[15])

§ 21. Verträge mit ursprünglicher gewillkürter Parteirollenspaltung.

Die gespaltenen Verträge, d. h. die Verträge mit ursprünglicher gewillkürter Parteirollenspaltung sind Verträge, bei welchen durch den Willen der Parteien (nicht unmittelbar durch zwingenden Rechtssatz wie im vorigen Falle) gleich bei Abschluß des Vertrages (nicht hinterher wie bei der Cession) die Spaltung einer Parteirolle herbeigeführt wird, so daß die Rechte und die Pflichten oder überhaupt Geben und Nehmen, Vortheil und Last einer Partei (z. B. eines Käufers oder Verkäufers, eines Miethers, Darlehensgebers ꝛc.) verschiedenen Personen zugewiesen

---

bei welchem eine gewisse Unkenntniß des Wollenden vorausgesetzt wird, wenn die in Frage stehenden Folgen eintreten sollen."

[12]) Vgl. vorläufig Buchka, Stellv., S. 16; Mandry, I, S. 146 ff.

[13]) Unten, § 30.

[14]) Mandry, S. 147 ff.; Dernburg, Comp., S. 75 f. Speciell beim Gesellschaftsvertrage tritt diese Function der exceptio compensationis an Stelle der exceptio mercis non traditae hervor (a. M. Zimmermann, Civ. Archiv, 54, S. 260). Vgl. unten § 31.

[15]) Vgl. l. 130 D. de V. O. 45, 1. „filius . . . quod in suam personam conferre non potest, hoc patri adquirat." Wird z. B. eine Prädialservitut für einen Dritten stipulirt, so ist erforderlich und genügend, daß dieser Besitzer des Grundstückes sei. Vat. fr. § 56; l. 17; D. stip. serv. 3, 17; Mandry, I, S. 67 ff. Massa, Contratti in favore etc., p. 52.

werden. Zu ihnen gehören die Verträge zu Gunsten Dritter als eine nur durch die Art des Zustandekommens (nämlich durch die Nichtbetheiligung des Begünstigten beim Vertragsabschlusse) ausgezeichnete Reihe von Fällen, die übrigens nur wenige besondere Eigenthümlichkeiten aufweisen.[1])

Von der im § 19 beleuchteten Erscheinung (nachträgliche Spaltung durch Cession) heben sich die gespaltenen Verträge scharf durch zwei Momente ab, welche es unmöglich erscheinen lassen, sie als Combination eines ungespaltenen Vertrages und einer damit sofort verbundenen Cession („Ueberweisung") zu construiren:

1. Einmal dadurch, daß das Forderungsrecht in der Person des Begünstigten *entsteht*, also nie zum Vermögen des Beschwerten gehört hat und nicht vom Beschwerten *veräußert* wurde,

2. dann durch den Umstand, daß der Gegentheil selbst dem Begünstigten zu leisten versprochen hat, daß also die Spaltung mit seinem Willen eingetreten ist.

Ad 1 folgt hieraus unter Anderem, daß die Gläubiger des Beschwerten das Forderungsrecht des Begünstigten nicht im vollen Umfange ohneweiters mit der actio Pauliana angreifen können, denn dieses Recht hat nie zum Vermögen des Beschwerten gehört;

ad 2 ergibt sich, daß man von jenen besonderen Rücksichten abzusehen hat, die bei der Cession die Hilflosigkeit des nicht mitwirkenden Cessus fordert; es liegt daher kein Grund vor, dem Gegentheile gegenüber dem Begünstigten die Compensation mit Forderungen gegen den Beschwerten allgemein zu gestatten.

Auch hindert nichts, den Begünstigten Rechte erwerben zu lassen, welche (etwa wegen mangelnden subjectiven commerciums) der Beschwerte nie hätte erwerben können. Der Erwerb des Forderungsrechtes des Begünstigten ist eben kein derivativer, sondern ein originärer. Das gilt für alle gespaltenen Verträge mit Einschluß aller Verträge zu Gunsten Dritter.

Für das römische Recht scheint die *Delegation* von Rechten und Verpflichtungen aus unerfüllten zweiseitigen Verträgen einen Uebergang zwischen der Cession solcher Rechte und den gespaltenen Verträgen zu bilden.[2]) Eine Spaltung tritt ein.[3]) Bei der activen Delegation (For-

[1]) Vgl. diesbezüglich § 17 und § 21 bei Note 8 bis 10.

[2]) Vgl. hiezu *Zimmermann*, S. 81 ff.

[3]) In anderem Sinne und ohne Beschränkung auf die Delegation bemerkt *Salkowski*, Lehre von der Novation, S. 321: „Durch die Novationsstipulation wird somit die eine gegenseitige Obligation gewissermaßen in zwei einseitige Obli-

derungsüberweiſung) iſt der Delegant der Beſchwerte, der Delegatar der Begünſtigte, bei der paſſiven Delegation (Schuldüberweiſung) der Delegant der Begünſtigte, der Delegat der Beſchwerte. Delegirt bei einem unerfüllten Kaufvertrage der Käufer ſeine Rechte, ſo kann der Delegatar die Waare fordern, der Delegant aber iſt den Kaufpreis ſchuldig. [4]) Delegirt er hingegen nur ſeine Pflichten, ſo iſt der Delegat den Kaufpreis ſchuldig, der Delegant aber fordert die Waare. [5]) Wie bei der Ceſſion, ſo tritt auch bei der Forderungsüberweiſung eine Veräußerung [6]) ein; das andere der Ceſſion charakteriſtiſche Moment (ad 2) entfällt. Der überwieſene Schuldner wirkt bei der Forderungsüberweiſung mit; er verſpricht dem neuen Gläubiger. Es iſt ſeine Sache, wenn er dadurch ſeine Situation verſchlechtert. Er kann alſo mit Forderungen gegen den Deleganten nicht compenſiren. [7])

Die Delegation ſchafft nicht ein ſchlechthin neues Forderungsrecht, obgleich ſie das alte Forderungsrecht nicht wie die Ceſſion unverändert läßt. Man wird hier paſſender von einer nachträglichen Parteirollenſpaltung ſprechen.

Wie ſteht es nun mit der gewillkürten urſprünglichen Spaltung im römiſchen Rechte? War ein Vertrag des Inhaltes zuläſſig, daß A dem B eine Waare und B dem C hiefür den Kaufpreis verſprach? Ich glaube, daß dieſe Frage im allgemeinen zu verneinen iſt. [8]) Dem C konnte

---

gationen geſpalten: Die Verpflichtung des Käufers oder Miethers ex stipulatu, und die Verpflichtung des Käufers oder Vermiethers zur contractlichen Leiſtung ex emto, reſpective locato.“ Salkowski nimmt eine Zerſtörung des ſynallagmatiſchen Verhältniſſes der beiden Verpflichtungen an und ſchließt deswegen — wie Römer (Bedingte Novation, S. 136) — die ſogenannte exceptio non adimpleti contractus aus (S. 321, Note 9). Das mag bei der Novation im engeren Sinne (ohne Parteirollenſpaltung) der Abſicht der Parteien entſprechen. Anders aber gerade dort, wo nicht Befeſtigung, ſondern Uebertragung des Rechtes oder der Schuld die — allerdings nicht direct realiſirbare — Abſicht der Parteien iſt. Inconſequent iſt Danz, der dem Delegaten alle Einreden (alſo wohl auch die der Retention u. dgl.) wahrt (Forderungsüberweiſung, S. 42), dem Deleganten dagegen diejenigen „Rechte, die darauf baſiren, daß ſeine Leiſtung eine Gegenleiſtung iſt“, abſpricht (S. 49).

[4]) Danz, a. a. O. S. 49.

[5]) Salkowski, S. 318.

[6]) Der Delegant muß alſo veräußerungsbefugt ſein. l. 34 pr. D. de nov. et del. 46, 2; Danz, Forderungsüberweiſung, S. 73 ff.

[7]) Danz, S. 53 f.

[8]) Anders allerdings iſt zu entſcheiden in Anſehung derjenigen Contracte (insbeſondere des Darlehens), welche zu Gunſten eines Dritten ohne Zuziehung desſelben zum Vertragsſchluſſe zu Stande kommen konnten.

die actio venditi nicht zuerkannt werden, er hatte ja nichts verkauft. Durch subjective Umstellung in der Klagsformel hätte geholfen werden können, aber die Quellen sagen uns nichts davon. Gleichwohl war das Verkehrsbedürfniß schon im Hinblicke auf die beschränkte Zulässigkeit der Stellvertretung doppelt mächtig. Der Argentarius versteigerte ein Grundstück. Der Eigenthümer war der aus dem Verkaufe verpflichtete „auctor fundi", der Argentarius aber sollte der aus dem Kaufe formell Berechtigte („coactor") sein, er sollte im eigenen Namen, wenn auch für Rechnung des Eigenthümers (also als Commissionär) die Verkäuferrechte geltend machen. [9]) Hier konnte nur die Stipulation [10]) helfen. Der Argentarius stipulirte mit Ermächtigung des verkaufenden Eigenthümers für sich den Kaufpreis. [11]) Ein anderes Auskunftsmittel gab es nicht und konnte es nicht geben. Die Stipulation war nothwendig, aber auch genügend. Die Analogie mit der Delegation ist zwingend. Konnte Delegation (abgesehen vom Falle der Litiscontestation) nur durch Stipulation geschehen, genügte also zur Forderungsüberweisung auch bei Consensualcontracten der Consens der Betheiligten nicht, so konnte derselbe consequenter Weise auch dann nicht genügen, wenn schon beim Abschlusse des Kaufvertrages ein Dritter, der nichts verkauft hatte, für sich ein Klagerecht auf den Kaufpreis erwerben wollte. Das Geschäft setzte sich also in jedem Falle aus einem Consensual- oder Realvertrage und einer Stipulation zusammen. An Stelle des einen gespaltenen Vertrages erblicken wir zwei zu einem Geschäfte vereinigte Verträge. Aber dieses Geschäft setzt sich nicht etwa aus einem selbständigen Vertrage zusammen, in welchem der Beschwerte die Leistung an sich ausbedingt und aus einer daran nur äußerlich angeknüpften Delegation, welche dieser Leistung erst die Richtung an den Dritten zu geben hätte. Sondern es liegt zunächst vor ein Vertrag zwischen dem Beschwerten und dem Gegentheile auf Leistung an den Begünstigten, welcher Vertrag für sich allein dem Beschwerten je nach Umständen das Recht verschaffen würde, bei ausbleibender Erfüllung seine eigene Gegenleistung zurückzufordern oder das Interesse einzuklagen ꝛc. und aus einer Stipulation, welche dem Begünstigten (Stipulanten) das Recht verschafft, jene Leistung vom Gegentheile im eigenen Namen zu fordern. Einen derartigen

---

[9]) Vgl. unten § 30; Karlowa, Rechtsgeschichte, 2. Bd., S. 630 fg.

[10]) Daneben allenfalls auch die expensilatio, die jedoch für die spätere Entwicklung des Rechtes nicht in Betracht kommt.

[11]) Cicero pro Caecina c. 6, § 16; Gaius, IV, 126a.

Vertragsabschluß unter Zuhilfenahme der Stipulation des Begünstigten zeigen z. B.

l. 29, § 2 D. de pact. dot. 23, 4.

„Mulier de dote, quam dedit, pacta est, ut, si in matrimonio decessisset, fratri eius redderetur; isque in eum casum stipulatus est."

l. 33, D. sol. matr. 24, 3.

„Quae dotis nomine certam pecuniam promiserat, quosdam adhibuerat, qui stipularentur partem dotis distracto matrimonio sibi solvi."[12])

Daß der Dritte in der Regel ohne Stipulation aus derartigen Verträgen kein Klagerecht erlangte, beweisen die anscheinend von Tribonian verunstaltete l. 45 Dig. eod., ferner l. 4 Cod. de pact. conv. 5, 14, l. 19, C. de jur. dot. 5, 12 und andere Stellen.[13])

Für den Fall der Schenkung mit fideicommissarischer Substitution sagt die berühmte l. 3. Cod. de don. quae sub modo 8, 54 (55) ausdrücklich, daß nach älterem Rechte (veteris juris auctoritate) der Begünstigte (in quem liberalitatis compendium conferebatur), wenn er nicht stipulirt hatte, kein Klagerecht erlangte. Die weitere Entwicklung wird durch Fictionen vermittelt.[14])

---

[12]) Czyhlarz, Dotalrecht, S. 365 fg.; Schirmer, Civ. Archiv, 80. Bd., S. 111 ff.

[13]) Vgl. hierüber und über die Ausnahmen: Unger, S. 37 ff.; Gareis, S. 213; Knaus, S. 27 fg.; Tartufari, S. 29 fg.; Cohen, S. 26; Laurent, S. 63 ff.; Molitor, S. 126 ff.; Massa, S. 76 ff.

[14]) Ueber die verschiedenen Auslegungen vgl. Windscheid, Pand., § 316, Note 5, und besonders Tartufari, S. 26, Note 3. Ich kann mich von der Richtigkeit der herrschenden (Savigny'schen) Auslegung nicht überzeugen, weil dieselbe nicht erklärt, welchen Zweck die ganze Constitution hatte und worin der Fortschritt besteht, den dieselbe offenbar anbahnen wollte. Diese Frage ist aber nicht zu umgehen. Sie löst sich sehr einfach vom Standpunkte der Cessionstheorie. Darnach sind drei Stufen der Rechtsentwickelung zu unterscheiden: 1. Nach älterem Rechte (veteris juris auctoritate) hatte der Dritte nur dann ein Klagerecht, wenn er stipulirt hatte, dem Schenker stand nur die condictitia actio zu. 2. Nach einer Constitution der divi principes (Antoninus und Verus?) stand dem Schenker die actio directa auf Leistung an den Dritten und sodann diesem wie einem Cessionar die actio utilis zu; da jedoch die (wirkliche oder fingirte) Cession als donandi causa erfolgt zu denken ist, war der Anspruch des Dritten nicht vererblich (l. 33 Cod. de don. 8, 53). 3. Endlich führten Diocletian und Maximinian durch unsere lex die Vererblichkeit der Klage des Dritten ein, indem sie

Mit dem Wegfalle der Stipulation ist im heutigen Rechte die Delegation formlos geworden und so ist denn auch der gespaltene Vertrag ein einfaches Geschäft geworden. Derselbe Consens, der dem Verkäufer das Klagerecht auf den Kaufpreis verschafft, kann die actio venditi auch einem aus dem Kaufvertrage nicht verpflichteten Dritten verschaffen. Die Spaltung erfordert keine andere Form als die des ungespaltenen Vertrages.

Im Folgenden werden nun die besonderen rechtlichen Beziehungen zwischen den drei betheiligten Personen zu erörtern sein.

Zweiter Abschnitt.

Das Rechtsverhältniß zwischen dem Beschwerten und dem Gegner.

§ 22. Das vermeintliche Klagerecht des Beschwerten im allgemeinen.

In der Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter bildet die Frage, ob dem Promissar oder Stipulanten (dem Beschwerten) ein Klagerecht gegen den Promittenten (Gegentheil) zustehe, einen der heikelsten und am meisten bestrittenen Punkte. Die Meinungen gehen weit auseinander und der Streit bleibt nicht überall innerhalb der durch die literarische Sitte gezogenen Grenzen.[1]) Das eine Extrem bietet Unger, S. 61 ff., welcher das Klagerecht principiell nur dem Begünstigten, niemals dem Stipulanten zugesteht; will der Promissar für sich selbst ein Recht

---

gewissermaßen eine zweite Fiction in die Formel (die nun freilich bei dem Untergange des Formularprocesses nur noch theoretische Bedeutung hatte) einfügten (si in rebus humanis ageret) und sich dafür auf das gleiche Motiv beriefen, das die divi principes geleitet hatte: juxta donatoris voluntatem. Bezüglich der näheren Begründung der Cessionstheorie verweise ich auf Schmid (Cession, 1. Bd., S. 449 ff.), welchem ich nur insoferne nicht beistimmen kann, als er mit Rücksicht auf seine Auslegung der l. 33 C. de don. 8, 53 (54) — a. a. O., S. 24, vgl. dagegen Mühlenbruch, § 16, Note 307 — die Klage der Begünstigten nicht als donationis causa cedirt ansieht. In Folge dessen bleibt auch bei Schmid unerklärt, was Diocletian und Maximinian durch ihre so umständlich (rechtshistorisch) begründete Constitution eigentlich entscheiden wollten. — Für das österreichische Recht vgl. die Entsch. des O. G. H. vom 26. November 1890, Z. 10526, Slg. 13493, welche sich in gleichem Sinne auf die donatoris voluntas beruft.

[1]) Diese Bemerkung bezieht sich speciell auf die gute, aber mit maßloser Ueberhebung geschriebene Monographie (Doctordissertation!) Moltzer's. Man sehe, was sich Moltzer (S. 29) gegen einen der hervorragendsten österreichischen Rechtsgelehrten gelegentlich der Erörterung der vorliegenden Controverse herausnimmt.

erwerben, so ist der Vertrag nicht oder wenigstens nicht ausschließlich ein Vertrag zu Gunsten des Dritten (S. 63). Auch Gareis (S. 252 f.) negirt das Klagerecht des Stipulanten auf Leistung an den Dritten, sofern nicht die Absicht der Contrahenten nachweisbar auf Constituirung eines solchen gerichtet war, gibt jedoch dem Promissar unter (ziemlich exceptionellen) Umständen Klagerechte anderer Art (auf Sicherstellung, Schadenersatz u. a.), von denen noch die Rede sein wird. Tartufari (S. 342 ff.) geht einen Schritt weiter als Gareis. Auch er gibt dem Stipulanten nicht ein Klagerecht auf Leistung an den Dritten (S. 345), allein die Nebenrechte, die Gareis ausnahmsweise zuläßt, gesteht Tartufari dem Stipulanten grundsätzlich zu (die „principî fondamentali", S. 343 fg.) und erweitert die Zahl derselben von drei (bei Gareis) auf fünf. Nach Regelsberger[2]) verpflichtet sich der Promittent sowohl dem Stipulanten als auch dem Dritten, doch sind beide Verpflichtungen nicht identisch.[3]) Moltzer (S. 26 f.) vertheidigt diese Anschauung mit großer Breite und Lebhaftigkeit unter Berufung auf Hugo Grotius[4]); wie Grotius, so will auch Moltzer dem Stipulanten das Recht zuerkennen „efficiendi, ut ad alterum jus perveniat". Daß Grotius ausdrücklich erklärt, daß dieser Anspruch dem Stipulanten nicht nach positivem, sondern lediglich nach natürlichem Recht zustehe, vermindert für Moltzer den Werth jener Sentenz nicht.[5]) Er läßt den Promittenten

[2]) Krit. Vierteljahrsschrift, 11. Bd., S. 566; Handbuch, 2. Bd., S. 475; Archiv, 67. Bd., S. 15.

[3]) Vgl. Windscheid, § 316, Note 14; Entwurf, I, § 412, II, § 287; Motive 2, S. 269; Hasenöhrl, I, S. 452, 462 und 478; Stobbe, 3. Bd., S. 116; Martinius, S. 597; Schweiz. Obl. R., Art. 128; Sächs. b. G. B., § 853 (hiezu Unger, S. 101, Moltzer, S. 28).

[4]) De jure belli ac pacis, II, Cap. 11, § 18.

[5]) Moltzer's Begründung ist ein Beispiel der reinsten Begriffsjurisprudenz. Ein Vertrag, docirt er (S. 38), ist die Willensübereinstimmung von zwei oder mehr Personen, wobei die Parteien den Willen haben, ein „Rechtsband" zwischen einander anzuknüpfen. Der Vertrag zu Gunsten des Dritten ist ein Vertrag. Also muß der Promittent dem Promissar gegenüber gebunden, also klagbar verpflichtet sein. Diese Art Argumentation, die zuweilen auch bei andern Schriftstellern anklingt, ist leicht zu widerlegen. Abgesehen davon, daß man nöthigenfalls lieber den Namen als die Natur der Verträge zu Gunsten Dritter und lieber aufsteigend den blos gedachten Gattungsbegriff als absteigend den lebendigen Typus des Geschäftes ändern müßte, wird Moltzer's Deduction durch die von ihm angeführte römische Begriffsbestimmung (et est pactio, duorum pluriumve in idem placitum consensus) nicht gerechtfertigt. Das Wesentliche des Contractes ist

sowohl dem Stipulanten als auch dem Dritten auf Erfüllung des Vertrages haften, wobei selbstverständlich die Leistung immer an die Person des Dritten gebunden bleibt. [6]) Am weitesten endlich geht Bähr [7]), der das der Unger'schen Anschauung entgegengesetzte Extrem repräsentirt: nur der Stipulant ist klageberechtigt, der Dritte ist lediglich zur Geltendmachung des Klagerechtes des Stipulanten ermächtigt.

Für uns ergibt sich die Lösung der Frage von selbst. Wo wirklich eine Spaltung der Parteirolle stattgefunden hat — mag es sich nun um einen Vertrag zweier Contrahenten zu Gunsten eines Dritten oder um einen von allen drei Betheiligten abgeschlossenen („gespaltenen") Vertrag handeln —, wo also der Begünstigte das Recht hat, die Leistung, welche vertragsmäßig ihm (und nicht dem Beschwerten, beziehungsweise Promissar) zu erbringen ist, persönlich im Klagewege zu fordern, da steht dem Beschwerten (Promissar) kein Klagerecht zu. [8]) Es ist selbstverständlich, daß es den Parteien, wenn sie durchaus juristische Kunststücke ausführen wollen, nicht verwehrt ist, zu vereinbaren, daß nicht nur dem Begünstigten, sondern zum Ueberflusse auch dem Beschwerten das Recht zustehen solle, auf Leistung an den Begünstigten zu klagen. Denn es steht mir auch frei, im eigenen Namen und Interesse mit dem Schuldner irgend eines X, den ich vielleicht nicht einmal kenne, einen Vertrag zu schließen, durch welchen der Schuldner sich mir gegenüber verpflichtet, seinen Gläubiger zu bezahlen [9]); alsdann kann ich auf

---

eben das Contrahiren und dessen Effect: idem placitum. Daß in der Bewirkung dieses Effectes — in der Mitbestimmung des Vertragsinhaltes (placitum) — schon für sich allein ein wirthschaftlicher Vortheil liegen kann und daß hiezu auch eine von dem vertragsmäßig Berechtigten verschiedene Person berufen sein kann, wurde oben § 17 gezeigt. Endlich ist an jene zahlreichen ephemeren Verträge zu erinnern, die sich im Momente des Contrahirens schon erfüllen und bei denen daher das „Rechtsband" zugleich entsteht und verschwindet.

[6]) Als Curiosum sei hier die von verwandten Anschauungen ausgehende Theorie Laurent's (des Aelteren), Principes de droit civil français, XV, Nr. 568 registrirt, welche dem Dritten nur die Ausübung des Klagerechtes der Stipulanten in Gemäßheit des bekannten Art. 1166 cod. civ. (Recht des Gläubigers, die Forderungen seines Schuldners geltend zu machen) einräumt. Vgl. dagegen Laurent (den Jüngeren), l. c. S. 156 fg.; Tartufari, S. 104 ff.

[7]) Dogm. Jahrb., 6. Bd., S. 131 ff.; Urtheile, S. 76 ff.; Archiv, 67. Bd., S. 157 ff.

[8]) Es sei denn auf irgend eine andere Leistung, welche der Promissar neben der Leistung an den Dritten für sich selbst ausbedungen hat; Gareis, S. 250.

[9]) Ob und welches Interesse der Stipulant haben müsse, ist eine Frage, die hier nicht zu erörtern ist, da sie ganz allgemeiner Natur ist. Wo das Gesetz

Erfüllung dieses Vertrages klagen. Dergleichen kommt aber, eben weil es an jedem vernünftigen Interesse für dergleichen Vereinbarungen zu fehlen pflegt, in der Praxis selten oder nie vor. Als Regel ist daher, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, ohneweiters anzunehmen, daß der Promissar sich nicht darum kümmern will, ob der Promittent seine Schuld an den Dritten tilgt oder nicht. Es genügt ihm, dem Dritten ein Forderungsrecht verschafft zu haben. Dadurch hat er bereits das Vermögen des Dritten erweitert; der Gegenstand der Leistung ist durch ein juristisches Band an dieses Vermögen geheftet. Würde nun der Promissar auf Leistung an den Dritten klagen, so würde er einen Act vornehmen, dessen Effect sich bereits ganz innerhalb des Vermögens des Dritten abspielen müßte.[10]) Es wäre ein Act fremder Vermögensverwaltung. In aller Regel ist es aber jedermann überlassen, sein Vermögen selbst zu verwalten, seine Forderungen einzuziehen oder auch ausstehen zu lassen nach eigenem Gutdünken. Der Promissar, der auf Leistung an den Dritten klagt, einfach damit der Dritte die Leistung, die er ohnehin zu fordern berechtigt ist, auch wirklich erlange, könnte der unbefangenen Anschauung nur als ein Vertreter des Dritten (stellvertretender nego-

---

selbst (Sächs. b. G. B., § 853) ein derartiges concurrirendes Klagerecht ganz allgemein zuläßt, kann es auf das Interesse nicht ankommen. Auch von Seiten des Proceßrechtes dürfen der Durchsetzung eines solchen Rechtes keine Schwierigkeiten bereitet werden. Denn was das Civilrecht gewährt, muß processualisch realisirbar sein. Anders, wie es scheint, Wach, Handbuch, I, S. 518, Note 3, und Danz, S. 131, Note 4.

[10]) Nach der herrschenden Lehre würde eine Abart der activen Correalobligation vorliegen, welche die merkwürdige Eigenthümlichkeit hätte, daß zwar jedem Gläubiger das Klagerecht zustände, die Leistung jedoch an die Person eines einzigen Gläubigers gebunden wäre. Also mehrere Gläubiger in obligatione, einer in solutione. Gerade das Gegentheil des Rechtsverhältnisses der solutionis causa adjectio. Mit der Annahme eines derartigen concurrirenden Klagerechtes gerathen wir in Schwierigkeiten, gegen welche alles, was bisher auf dem Gebiete der Correalität geboten worden ist, ein wahres Kinderspiel ist. Wird der Promittent frei, wenn nur die Klage des Begünstigten oder nur die des Promissars verjährt ist? (Förster-Eccius, 1. Bd., S. 434, Note 29; Erdmann, Privatrecht der Ostseeprovinzen, 4. Bd., S. 139, Note 6.) Kann der Promissar sein angebliches Recht cediren? (Erdmann, l. c. S. 140, Note 2.) Gehört es in seine Concursmasse? in seinen Nachlaß? Die theoretisch richtige Beantwortung dieser Fragen führt zu Consequenzen, die sich mit der Thatsache, daß der Gegenstand der Obligation wirthschaftlich und juristisch mit dem Vermögen des Begünstigten verknüpft ist, nicht vereinigen lassen.

tiorum gestor) erscheinen. Das Recht im eigenen Namen auf Zahlung an den forderungsberechtigten Dritten zu klagen, ist eben etwas so Extraordinäres, daß man es wohl nur in ganz besonders gearteten Fällen [11]) oder kraft einer ausdrücklichen Parteienverabredung anerkennen darf, und dies nur aus dem Grunde, weil dergleichen Monstrositäten nicht ausdrücklich verboten sind und sie im einzelnen Falle immerhin durch irgend ein eigenthümliches Interesse gerechtfertigt sein mögen.

Anders, wenn der Leistungsempfänger ein selbständiges Klagerecht noch nicht erlangt hat oder überhaupt nicht erlangen soll. Dann treffen die eben angeführten Gründe nicht zu. Das Klagerecht des Promissars ist alsdann nicht überflüssig, sondern nothwendig, weil ja sonst der Promittent zur Erfüllung des Vertrages überhaupt nicht verhalten werden könnte. Ferner steht, so lange der Dritte kein Klagerecht erlangt hat, die Leistung noch in gar keiner juristischen Verbindung mit seinem Vermögen, und wenn demnach der Promissar auf Leistung an den Dritten klagt, so will er eben durch die Klage erst jenen Effect (Erweiterung des Vermögens des Dritten) herbeiführen, welcher im früheren Falle schon durch die Begründung der Forderung bewirkt wurde. [12])

---

[11]) So wenn die Leistung des Gegentheils an den Begünstigten zugleich auch als eine Leistung an den Beschwerten anzusehen ist. Dann liegt eben nicht einfache Spaltung einer Parteirolle, sondern Eintritt eines zweiten Gläubigers vor, der allerdings die Gläubigerrechte ohne die correspondirenden Verpflichtungen erhält. Ein Beispiel bietet § 1019 a. b. G. B., insoferne es sich dabei lediglich um das dem Mandatar aufgetragene Contrahiren im Namen des Mandanten handelt (denn bezüglich allfälliger Vermögensleistungen gelten die Grundsätze der Assignation, vgl. oben § 16). In der Vollziehung des Geschäftes liegt zunächst eine Leistung an den Mandanten, dem ja mindestens eine Bemühung erspart wird; das Gesetz erblickt darin aber, wenn das Geschäft dem Dritten vortheilhaft ist, auch eine Leistung an den Dritten, und gewährt diesem deswegen, wenn er dem Mandatsvertrage mit Bewilligung der Contrahenten beitritt, gleichfalls die actio mandati directa, ohne ihn der entsprechenden actio contraria auszusetzen. Das Verhältniß der beiden aus dem Mandate Berechtigten ist nicht als Correalität (§ 891ff. a. b. G. B.) aufzufassen, da die wirkliche Leistung beide Gläubiger befriedigt, während die Klage des einen Gläubigers das Klagerecht des andern nicht aufhebt und auch Verzug, Vergleich, Novation ꝛc. nur in personam wirken können. Wir hätten es also hier eher mit einem Falle bloßer „Solidarität" zu thun.

[12]) „Der Promissar," bemerkt Unger, S. 102, mit Beziehung auf die sächsischen Motive (§ 854), „gleicht hienach dem Monde, dessen Licht erlöscht, sobald die Sonne am Firmament erscheint: er ist eine Art Statthalter (locum tenens) für den Dritten." Vgl. jedoch — gegen Unger — Gareis, S. 180, und Tartufari, S. 252.

Ist der Dritte einmal Gläubiger des Promittenten geworden, dann müssen ihm neben dem Rechte, selbst auf Erfüllung des Vertrages zu dringen, auch alle sonstigen Rechtsmittel, z. B. die allenfalls begründeten Klagen auf Sicherstellung, die provisorischen Vorkehrungen des Civilprocesses ꝛc. überlassen bleiben. All das sind für den Promissar Acte fremder Vermögensverwaltung, die ihn direct nichts angehen.

Wenn gleichwohl über alle diese Punkte Streit herrscht und die so einfache Regel der durchgreifenden Parteirollenspaltung so vielfach verleugnet oder durch Ausnahmen und Einschränkungen verwischt worden ist, so sind hieran nicht irgend welche allgemeine Principien des Obligationenrechtes schuld.

Unverkennbar haben zwei besonders complicirte Rechtsinstitute, die man zu den Verträgen zu Gunsten Dritter zu rechnen pflegt, den ganzen Streit veranlaßt und zu all den Verclausulirungen, denen man selbst bei Gareis und Tartufari begegnet, Anlaß gegeben: die Schuldübernahme und der Lebensversicherungsvertrag.

§ 23. Schuldübernahme.

Das Schlagwort „Schuldübernahme" erinnert den gemeinrechtlichen wie den österreichischen Juristen zunächst an einen wirren Knäuel fein unterschiedener Rechtsinstitute, die verschiedene Namen führen, wie privative und cumulative Schuldübernahme und Delegation und Expromission und Assignation und Erfüllungsübernahme und so fort. Bei jedem Versuche, den Knäuel theoretisch zu destruiren, werden nur die einzelnen Fäden zerfasert und neue Institute dazu construirt, von deren Feinheit der Laie, der sie doch gebrauchen sollte, ja, aus dessen vermeintlichem Willen sie herausgelesen worden sind, keine Ahnung hat. Dieser gestaltende Reichthum der Theorie, der unmöglich wäre, wenn hier nicht die Rechtsquellen so spärlich und trüb fließen würden, hat die Schuldübernahme auch zu den Verträgen zu Gunsten Dritter und den Phänomenen der Parteirollenspaltung in eine wenig fördernde Beziehung gesetzt.

Man hat speciell die bei Realitätenkäufen regelmäßig vorkommende Uebernahme von Satzposten auf Rechnung des Kaufschillings als eine Spaltungserscheinung, d. h. so aufgefaßt, als ob dabei der Gläubiger gegen den Uebernehmer aus dem Kaufvertrage ein Recht auf einen Theil des Kaufschillings erlangen würde, als ob dem Gläubiger also innerhalb gewisser Grenzen die actio venditi zustände, obgleich er nicht der actio

emti ausgesetzt ist.[1]) Da man ferner glaubte, auch dem Verkäufer das Recht nicht absprechen zu können, in vollem Umfange auf die Erfüllung des Vertrages zu dringen, so ergab sich hier ein augenscheinlicher Beleg für jene Concurrenz von Klagen des Beschwerten und Begünstigten gegen den Gegentheil, deren Vorkommen oben im allgemeinen geleugnet wurde.

Nach der herrschenden richtigen Ansicht[2]) tritt jedoch bei der Schuldübernahme[3]) lediglich ein Schuldnerwechsel ein, ohne daß die rechtliche Natur der Forderung im mindesten eine Aenderung erlitte und es würde daher die Schuldübernahme nicht im höheren Maße als ihr Gegenstück, die Cession, unser Interesse in Anspruch nehmen, nämlich nur, soferne sie bei unerfüllten gegenseitigen Obligationen durch das Zurückbleiben der nicht gleichzeitig cedirten Berechtigungen eine actuelle Spaltung ausnahmsweise herbeiführen könnte.[4])

Bei der großen Unsicherheit, die noch immer über Begriff und Wirkungen der Schuldübernahme herrscht, kann eine eingehendere Erörterung derselben kaum umgangen werden, um allen Einwendungen, die gleichwohl von dieser Seite her gegen unsere These erhoben werden könnten, gründlich und endgiltig den Weg zu verlegen.[5]) Auf eine erschöpfende Behandlung des Gegenstandes ist es dabei selbstverständlich nicht abgesehen.

Vor allem ist hervorzuheben, daß die Schuldübernahme im weiteren, nicht technischen Sinne allerdings Klagerechte, sowohl für den ursprünglichen Schuldner, als auch für den Gläubiger erzeugen kann. Daß diese Klagerechte weder in ihren Voraussetzungen, noch in ihrem Rechtsgrunde, noch in ihrem Gegenstande übereinstimmen, daß sie vielmehr in ganz

---

[1]) Vgl. Bähr, Dogm. Jahrb., 6. Bd., S. 176, Urtheile, S. 86, Arch., S. 189 fg., und dagegen Menzel, Grünhut's Zeitschr., 11. Bd., S. 591 fg.

[2]) Windscheid, § 339.

[3]) Daß auch eine Spaltung in der angedeuteten Weise wie zu jedem andern Zwecke so auch speciell zur Befriedigung eines Gläubigers des Verkäufers vereinbart werden kann, ist unbestreitbar. Dies ist jedoch keine Schuldübernahme. Vgl. Martinius, S. 613.

[4]) Vgl. oben § 18, Note 5.

[5]) Für uns kommt also hauptsächlich die Frage in Betracht, ob bei der Schuldübernahme concurrirende Klagerechte des ursprünglichen Gläubigers und des Uebernehmers vorkommen. Wäre dies der Fall, könnte also der ursprüngliche Schuldner die Leistung an den ohnehin klageberechtigten Gläubiger im Rechtswege fordern, so würde damit die Argumentation des vorigen Paragraphen widerlegt erscheinen.

verschiedenen Geschäften wurzeln, welche, ungeachtet ihrer häufigen Vergesellschaftung, scharf gesondert werden müssen — das ist nachzuweisen.

Die juristische Betrachtung ist längst gewohnt, die innere und die äußere Seite eines mehrere Vermögen umspannenden ökonomischen Vorganges zu sondern: sie unterscheidet längst Societät und Correalität als Begriffe, die gar nichts mit einander zu thun haben[6]) und zerlegt auch den undeutlichen Mandatsbegriff der römischen Juristen, indem sie das interne Auftrags- von dem externen Vollmachtsverhältniß scheidet. So fehlt es denn nicht an Ansätzen, bei der Schuldübernahme das interne Verhältniß zwischen Schuldner und Uebernehmer loszulösen von dem externen Verhältnisse beider zum Gläubiger. Man spricht von Erfüllungsübernahme und von Schuldübernahme im engeren (technischen) Sinne. Gegen diese fast allgemein angenommene Unterscheidung hat sich als gegen „ein rein theoretisches Gebilde, welches in den wirklichen Verhältnissen keine Grundlage hat", Bähr[7]) ausgesprochen. Mit Recht und mit Unrecht. Mit Recht: denn es geht nicht an, diese Geschäfte als Arten einer Gattung neben einander zu stellen und an einander als commensurable Größen zu messen, wie doch diejenigen thun, die überall nur die Frage stellen, ob im einzelnen Falle Erfüllungs- oder Schuldübernahme vorliege und denen dann die Erfüllungsübernahme als das Geringere erscheint, das im Zweifel zu vermuthen wäre.[8]) Und doch mit Unrecht: Erfüllungsübernahme und Schuldübernahme sind ganz disparate Geschäfte, die auf das Sorgfältigste unterschieden werden müssen. Aber die Subsumtionsfrage kann — wie bei Auftrag und Vollmacht — im einzelnen Falle nur lauten: liegt beides vor oder etwa ausnahmsweise nur das eine oder das andere? Die Unterscheidung ist leicht genug.

Vermöge der Erfüllungsübernahme gilt die Schuld im Verhältnisse zwischen dem ursprünglichen Schuldner A und dem Uebernehmer B, also materiell als Schuld des B, mag auch für den Gläubiger C immer noch formell A der Schuldner bleiben.[9]) Vermöge der Schuldübernahme dagegen gilt im Verhältnisse zum Gläubiger, also formell,

---

[6]) Savigny, Obl. Rt., 1. Bd., S. 143 fg.

[7]) Arch., S. 179.

[8]) Regelsberger, Hdb., 2. Bd., S. 538; Unger, S. 14 (Note 60); Entw., I, § 318 (dagegen correct II, § 281).

[9]) Passend bezeichnet Ofner (Grünhut's Zeitschr., 18. Bd., S. 331) die Zahlungsübernahme als „interne (stille) Schuldübernahme", ohne jedoch den Gedanken weiter auszuführen.

die Schuld als Schuld des B, mag sie auch zwischen A und B materiell immer noch als Schuld des A zu behandeln sein.[10]) In beiden Fällen kann der Uebernehmer zahlen: dort für eigene, hier für fremde Rechnung; in beiden Fällen kann auch der ursprüngliche Schuldner zahlen: dort für fremde, hier für eigene Rechnung. Erst wenn beide Geschäfte zu Stande gekommen sind, wälzt sich die Schuld mit ihrer vollen Schwere — als Passivum und als Verbindlichkeit — von dem Vermögen des ersten Schuldners auf das des zweiten. Wie Vollmacht und Auftrag können auch Erfüllungs- und Schuldübernahme in derselben Urkunde und mit denselben Worten ausgedrückt sein[11]); das darf über die Verschiedenheit der Rechtsinstitute nicht täuschen.

Vermöge der Schuldübernahme gehen auf den Uebernehmer die Verpflichtungen des ursprünglichen Schuldners ohne Aenderung über. Ihm

---

[10]) In beiden Fällen tritt hinsichtlich der Schuld eine „relative Rechtsänderung" ein: Menzel, Grünhut's Zeitschr., 11. Bd., S. 584.

[11]) Dies ist namentlich in den vielbesprochenen Realitätenkaufverträgen häufig der Fall. Oft treten jedoch beide Geschäfte deutlich hervor. So heißt es z. B. in einer derartigen Urkunde: der Käufer übernimmt die (näher bezeichnete) Hypothekarpost „zur Selbstzahlung und alleinigen Berichtigung (dies allein wäre zweideutig) mit der Verpflichtung, den Verkäufer in Ansehung dieser zur Selbstzahlung übernommenen Satzpost vollständig klag- und schadlos zu halten (Erfüllungsübernahme) und die Zahlung an den Bezugsberechtigten gleich einem Personalschuldner zu leisten (Schuldübernahme)". Diese Urkunde spricht klar und deutlich; sie versperrt dem Uebernehmer die Ausflucht, daß er nur seine dingliche Haftung als Hypothekarschuldner im Auge gehabt habe. Die erste und zweite Instanz (Oberlandesgericht Wien, Entsch. vom 23. Juni 1880, Z. 8309, nicht veröffentlicht) gaben in dem über diese Urkunde entstandenen Rechtsstreite der Klage des Gläubigers gegen den Uebernehmer als Personalschuldner statt. Der Oberste Gerichtshof wurde nicht angerufen. Häufiger sind leider Clauseln, wie z. B. die folgende: „Der Käufer übernimmt nachstehende auf dem erkauften Hause haftende Satzposten, und zwar . . . zur Alleinzahlung und verpflichtet sich, den Verkäufer bezüglich jeder Forderung, welche bezüglich der von ihm . . . zur Zahlung übernommenen Satzposten an den Verkäufer gestellt werden könnte, hier in Wien klag- und schadlos zu halten." Auf Grund dieses Vertrages, der nebst der zweideutigen Verpflichtung zur „Alleinzahlung" ausdrücklich nur die Erfüllungsübernahme statuirt, nahm ein Gläubiger den Käufer (nach Weiterveräußerung der Realität) als Personalschuldner in Anspruch, wurde aber mit Entscheidung des österr. O. G. H. vom 21. October 1884, Z. 10.851, Slg. 10.217 abgewiesen. Wie verschieden derartige Verträge, bei denen die Parteien doch wohl regelmäßig das Gleiche (die vollste Wirkung) beabsichtigen, je nach dem Wortlaute und gewissen nachträglichen Ereignissen (wobei namentlich die Weiterveräußerung eine Rolle spielt) ausgelegt werden, zeigen die zahlreichen von Schey in der Ausgabe des österr. a. b. G. B. zu den §§ 1400 und 1402 allegirten Entscheidungen.

stehen daher auch — mit gewissen selbstverständlichen Ausnahmen[12]) — dieselben Einreden zu Gebote und der Rechtsgrund bleibt der gleiche. War die Forderung eine Heiratsgutforderung, so bleibt sie es, mag auch die Schuldübernahme anläßlich eines zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem Uebernehmer geschlossenen Kaufvertrages zu Stande gekommen sein.[13]) Einwendungen aus diesem Kaufvertrage können die Erfüllungs-, aber nicht die Schuldübernahme aufheben oder einschränken. Sie kümmern also den Gläubiger nicht. Der vom Käufer dem Verkäufer gestellte Bürge haftet demselben für die einen Theil der Kaufobligation bildende Erfüllungsübernahme, aber er haftet nicht dem Gläubiger für die Schuldübernahme.

Wird der Kaufvertrag rückgängig gemacht, so erlischt die Erfüllungsübernahme, die perfecte Schuldübernahme dauert fort. All das hat die herrschende Lehre[14]) längst festgestellt; aber all das versteht sich völlig von selbst, wenn man den Gedanken der Zwiespältigkeit von Schuld- und Erfüllungsübernahme consequent festhält.

Die Erfüllungsübernahme erzeugt gemäß der Intention der Parteien und dem Wortlaute der Verträge für den Uebernehmer regelmäßig nur die Verpflichtung, den ursprünglichen Schuldner „klag- und schadlos" zu halten, d. h. (durch rechtzeitige Zahlung oder in anderer Weise) dafür zu sorgen, daß der Schuldner nicht geklagt werde, und, wenn dies gleichwohl geschehen wäre, ihn durch Ersatzleistung vor Schaden zu bewahren.[15]) Dem ursprünglichen Schuldner kommt also, so lange er nicht endgiltig befreit ist, gegenüber dem Erfüllungsübernehmer (intern) die Rechtsstellung eines

---

[12]) Menzel, a. a. O. S. 678.

[13]) Anders Entsch. des O. G. H. vom 3. November 1885, Z. 8948, Slg. 10.770. Der Käufer hatte auf Rechnung des Kaufschillings eine intabulirte Heiratsgutforderung der Gattin des Verkäufers übernommen. Als nun die betreffende Gläubigerin Zahlung forderte, wendete der Käufer ein, daß die Forderung nach den Ehepacten und dem Gesetze noch nicht fällig sei. Der oberste Gerichtshof verwarf diese Einwendung mit der Motivirung, daß die Forderung gegenüber dem Käufer nicht als Dotalforderung, sondern als Kaufschillingsforderung zu betrachten, daher in Ermangelung einer Fristbestimmung gemäß § 904 a. b. G. B. sofort zu bezahlen sei! Den richtigen Standpunkt vertritt die Entsch. vom 15. Mai 1885, Z. 4450, Slg. 11.350; vgl. dagegen wieder die Entsch. vom 3. Juli 1889, Z. 5706, Slg. 12.809.

[14]) Krainz, 2. Bd., S. 115; Regelsberger, Hdb., S. 537; Windscheid, § 339; Entw., I, § 314 ff., II, § 357 ff.

[15]) Hasenöhrl, II, S. 257. Die aus der Erfüllungsübernahme entstehende Garantie-Verpflichtung ist daher nicht früher vollständig erfüllt, als bis das Risico des früheren Schuldners, d. i. dessen Haftung, beseitigt ist. Vgl. Entsch. des R. G. vom 22. Mai 1880, Bd. 2, Nr. 72; Bähr, Urth., S. 92.

Bürgen oder Correalschuldners zu, der für eine ihn materiell nicht angehende Schuld haftet. Die analoge Anwendung der einschlägigen Rechtssätze ergibt, daß er nicht sofortige Exnexuation fordern kann, daß er jedoch das Regreßrecht hat, und zwar unter Umständen ausnahmsweise schon vor der Zahlung, um sich nämlich die Zahlungsmittel zu verschaffen.[16]) Nach österreichischem Rechte kann er vom Uebernehmer vermöge der gleichen Analogie Sicherstellung fordern, sobald der Zahlungstermin eingetreten ist oder schon vorher, wenn er mit Grund die Insolvenz des Uebernehmers oder dessen Entfernung aus dem Inlande besorgt. Niemals aber kann der erste Schuldner den Uebernehmer auf Zahlung an den Gläubiger belangen[17]), wie denn auch dem Bürgen, dessen Interesse das Gleiche ist, ein derartiger Anspruch nicht zuerkannt wird.

Was die Schuldübernahme im technischen Sinne, d. i. das externe Verhältniß betrifft, so bietet der Fall der nur unter Mitwirkung des Gläubigers möglichen sofortigen Befreiung des ursprünglichen Schuldners keine Schwierigkeiten. Sehr häufig wird aber zugleich mit der Erfüllungsübernahme auch die Schuldübernahme von den Parteien angestrebt und doch der Gläubiger nicht angegangen.[18]) Oft ist seine Person, oft sein Aufenthaltsort unbekannt, oft betrifft dasselbe Geschäft eine große, gar nicht übersehbare Anzahl von Gläubigern ꝛc.; zuweilen ist auch von vornherein klar, daß die Exnexuation des ursprünglichen Schuldners nicht zu erreichen sein wird. Gleichwohl entspricht es der Absicht der Parteien,

---

[16]) Arg. l. 38, § 1, D. mand. 17, 1. Ueber das Princip vgl. die analoge Controverse bezüglich der Haftung des Rückversicherers. Vivante, Contratto di assicurazione, I, S. 70 fg.; Ehrenberg, Rückversicherung, S. 124 ff. Zu weit geht jedoch Tartufari, S. 345, der dem Promissar (urspr. Schuldner) in allen Fällen das Recht zuerkennen will, wenn der Schuldübernehmer den Gläubiger zur Verfallszeit nicht befriedigt, sofort die Zahlung selbst zu fordern, um den geleisteten Gegenstand zur Befriedigung des Gläubigers verwenden zu können. Dieser Anspruch soll nichts anderes als eine condictio causa data causa non secuta sein. Aber mit einer solchen condictio könnte doch nur die eigene Leistung des Condicenten zurückgefordert, nicht aber die Gegenleistung des Uebernehmers verlangt werden. Und wie, wenn die Gegenleistung in einem facere besteht? Ist ferner — was Tartufari voraussetzt — der Uebernehmer bereits dem Gläubiger haftbar geworden, dann wird er durch Zahlung an den Promissar nicht liberirt, kommt also in die Gefahr, zweimal zahlen zu müssen.

[17]) Anders Entsch. vom 4. März 1879, Z. 12.943, Slg. 7355.

[18]) Daß jedenfalls die allgemeine oder specielle Bekanntmachung des Geschäftes nothwendig ist, wenn der Gläubiger überhaupt ein Recht gegen den Uebernehmer erwerben soll, wurde bereits oben § 13 nachgewiesen.

daß der Gläubiger den Uebernehmer klagen könne. Hier bieten sich nun zwei Möglichkeiten: die cumulative und die alternative Schuldübernahme.

Cumulative Schuldübernahme ist nicht anderes als der Beitritt als Correalschuldner. Wenn man hier überhaupt von Schuldübernahme spricht, so geschieht es im Hinblicke auf das — den Gläubiger nicht berührende — interne Verhältniß; andernfalls, wenn nicht die Erfüllung übernommen wäre, hätten wir es mit einer gewöhnlichen Intercession zu thun.

Alternative Schuldübernahme ist Schuldübernahme unter der vom Willen des Gläubigers abhängigen Bedingung der vollkommenen oder unvollkommenen Befreiung des ursprünglichen Schuldners.

Welches Geschäft liegt vor, wenn die Parteien sich über die Differenzpunkte nicht ausgesprochen haben? Das ist eine quaestio voluntatis, die im einzelnen Falle viel leichter zu lösen ist, als man auf den ersten Blick meinen möchte. Jede Schuldübernahme hat einen Zweck, aber nicht jede denselben. Der Zweck entscheidet.

Darnach sind zu unterscheiden Schuldübernahmen im Interesse des Gläubigers von den Schuldübernahmen im Interesse des ursprünglichen Schuldners.

Man pflegt es als selbstverständlich zu bezeichnen, daß den Contrahenten die Absicht ferne liege, die Interessen des Gläubigers zu wahren, daß ihnen vielmehr nur ihre eigenen Interessen am Herzen liegen[19]), und man schließt daraus, daß sie dem Gläubiger einen neuen Schuldner immer nur zu dem Zwecke stellen, damit er den alten entlasse, „er soll nicht befugt sein, das Gute in's Kröpfchen, das Schlechte in's Töpfchen zu stecken".[20]) Dieser Gedanke ist in seiner Allgemeinheit unrichtig. Wo das ganze Vermögen des Schuldners oder jener wesentliche Vermögenstheil (Realität, Handelsgeschäft), der die Grundlage des gewährten Credites bildet, veräußert, insbesondere verschenkt oder etwa zum Erwerbe einer Leibrente verwendet wird, da tritt eine bedenkliche Gefährdung des Personalgläubigers ein und es ist nicht nur eine moralische, sondern auch unter Umständen eine rechtliche Verpflichtung des Veräußerers, dafür zu sorgen, daß der Gläubiger keinen Schaden leide. Andernfalls wäre das Geschäft der Anfechtung, der Veräußerer vielleicht der Strafe (dolose oder fahrlässige Crida, Executionsvereitelung) ausgesetzt. Die Interessen des Gläubigers

---

[19]) Menzel, S. 586 fg.

[20]) Regelsberger, Archiv, S. 30. Anders noch Hdb., S. 533, Note 16.

müſſen alſo geſichert werden, und das iſt in vollkommener Weiſe nur durch die Schuldübernahme unter fortdauernder perſönlicher Haftung des bisherigen Schuldners möglich.[21]) Der Gläubiger darf nicht vor eine Wahl geſtellt werden, die — wo nur ein Theil des Vermögens veräußert wurde oder der Veräußerer noch erwerbsfähig iſt, wo alſo deſſen Haftung noch einen Werth hat — immerhin ſchwierig und riskant wäre. Auch die ſubſidiäre Haftung des Veräußerers genügt hier nicht, weil ſie dem Gläubiger möglicherweiſe die Beſchwerlichkeit wiederholter Proceßführung aufbürdet. Vielmehr muß dem Gläubiger die Möglichkeit offen gehalten werden, nach wie vor auf jeden Beſtandtheil des Vermögens, das ihm bisher gehaftet hat, zu greifen.

Wo immer nun gelegentlich einer Guts- oder Geſchäftsübergabe die Uebernahme aller bereits entſtandenen Schulden des Uebergebers, beziehungsweiſe des Unternehmens vereinbart wird, da liegt dieſer Sicherungszweck vor und iſt das Geſchäft in der dem Gläubiger günſtigſten Weiſe zu interpretiren. Oft genug wird dieſer Zweck im Vertrage ausdrücklich angeführt. So bezieht ſich die Entſcheidung des öſterr. Oberſten Gerichtshofes vom 6. November 1879, Z. 9022, Slg. 7643 auf einen Vertrag, mit welchem eine Haushälfte der Gattin des Uebergebers abgetreten wurde und in welchem folgende Beſtimmung vorkam: „Da die vorliegende Uebereinkunft keineswegs zur Verkürzung der Gläubiger dienen ſoll, erklärt die B (Uebernehmerin), daß ſie alle Schulden ihres Mannes, die bis zum heutigen Tage an den Tag kommen würden, aus ihrem Vermögen berichtigen werde.“[22]) In einem anderen Gutsabtretungsvertrage heißt es: „Die B iſt ſchuldig und wird ſchuldig ſein, auch alle außerbücherlichen Schulden des Cedenten, welche derſelbe bis zum heutigen Tage contrahirt hat und welche zu Recht beſtehen, zu bezahlen, weil dieſer Vertrag keinem Gläubiger Abbruch thun ſoll.“[23]) Während die Praxis des

---

[21]) Daher auch die von rechtswegen eintretende ſolidariſche Haftung beider Contrahenten beim Erbſchaftskaufe — wenigſtens nach öſterreichiſchem Rechte § 1282 a. b. G. B. Vgl. auch Dernburg, Preuß. Privatrecht, 2. Bd., S. 156 ff.

[22]) Die ſo nachdrücklich ausgeſprochenen und ſo löblichen Intentionen der Parteien wurden vereitelt und der klagende Gläubiger abgewieſen, unter anderem auch deswegen, weil der Vertrag nicht mit ihm geſchloſſen worden ſei!

[23]) Entſch. vom 23. März 1881, Z. 2566, Slg. 9737. In dieſem intereſſanten Rechtsfalle handelte es ſich um die Frage, ob die Uebernehmerin mit einer Forderung des Uebergebers, die ihr nicht abgetreten war, compenſiren könne. Die Frage wurde mit Recht verneint.

Obersten Gerichtshofes bei den Realitätenkäufen mit Uebernahme bestimmter Satzposten auf Rechnung des Kaufschillings den Gläubigern überwiegend ungünstig ist und die persönliche Haftung des Uebernehmers negirt, nimmt sie bei jenen offenbar nur im Interesse der Gläubiger vereinbarten Schuldübernahmen beinahe durchwegs den den Gläubigern günstigen Standpunkt ein, indem sie in diesen Geschäften bald Verträge zu Gunsten Dritter nach § 1019 a. b. G. B.[24]), bald Assignationen[25]), bald — was besonders charakteristisch ist — Fälle der stellvertretenden negotiorum gestio für die Gläubiger[26]) erblickt. Demgemäß hat auch die solidarische Haftung des Uebergebers und Uebernehmers prägnante Anerkennung gefunden, indem der gegen beide gerichteten Klage des Gläubigers stattgegeben wurde.[27])

Mit Recht hat der deutsche Entwurf (I, § 319, II, § 362) diese Solidarhaftung bei Vermögensübertragungen sogar als jus cogens von der Parteiwillkür unabhängig gemacht, eben weil jene Fürsorge für die Gläubiger Pflicht ist.[28]) Die — wenig belangreiche — Beschränkung der Haftung des Uebernehmers auf den Betrag des übernommenen Vermögens erscheint bei gesetzlicher Statuirung der solidarischen Verbindlichkeit selbstverständlich. Ohne den Bestand einer gleichen Norm schon für das geltende gemeine Recht behaupten zu können, werden wir, wo immer bei einer derartigen, die Gläubiger gefährdenden Vermögensübertragung zum Schutze derselben Schuldübernahme vereinbart ist, den Vertrag kaum anders als im Sinne der cumulativen Schuldübernahme auslegen

---

[24]) Entsch. vom 24. November 1885, Z. 13.156, Slg. Nr. 10.800.

[25]) Entsch. vom 2. März 1882, Z. 987, Slg. Nr. 8908.

[26]) Entsch. vom 30. Jänner 1884, Z. 631, Slg. Nr. 9869; derselbe Gedanke bei Ladenburg, Zeitschr. für H. R., 30. Bd., S. 91.

[27]) In der Note 24 citirten Entscheidung.

[28]) Wunderlich muß es erscheinen, wenn Seuffert in Bekker-Fischer's Beiträgen, S. 50, die Frage aufwirft, ob die seltenen Fälle von Vermögensübernahme, welche nach Ausscheiden des Erbschaftskaufes übrig bleiben, besonders zu reguliren seien. Selten ist nur die Veräußerung des „ganzen" Vermögens, denn wenigstens die Leibeskleidung wird regelmäßig zurückbehalten: mit Recht wurde daher das Wort „ganze" in der zweiten Lesung gestrichen und damit die Anwendbarkeit der Vorschrift auf die so außerordentlich häufigen Altentheilsverträge gesichert. Gegen die weitere Bemerkung Seuffert's, daß der Gläubiger schon durch das Anfechtungsrecht genügend gesichert sei, ist zu erinnern einmal, daß Prävention besser ist als Repression, wie Gesundheit besser ist als jede noch so leicht heilbare Krankheit, dann daß erfahrungsgemäß die Anfechtungsklage zu den unbequemsten und schwierigsten Rechtsmitteln gehört und daher verhältnißmäßig selten riskirt wird.

dürfen; womit wir denn zu eben jenem Resultate gelangen, das für das österreichische Recht bereits die Anerkennung der Praxis gefunden hat.

Sehr verschieden von diesen Geschäften, bei denen ungeachtet der Erfüllungsübernahme die fortdauernde correale Haftung des ursprünglichen Schuldners als gewollt anzusehen ist, sind jene Schuldübernahmen, die lediglich die Erfüllungsübernahme auch dem Gläubiger gegenüber sichern wollen, bei denen es also nur auf die Befreiung des ursprünglichen Schuldners abgesehen ist. Hier allerdings könnten die Parteien dem Gläubiger, da ihnen seine Interessen gleichgiltig sind, ein Entweder Oder entgegensetzen: „entweder den bisherigen Schuldner freigeben oder auf die Haftung des Uebernehmers verzichten.“ [29]) Das wäre alternative (nicht cumulative) Schuldübernahme. Von Correalität könnte dabei höchstens im Sinne des vorjustinianischen Rechtes [30]) gesprochen werden. Indessen würden die Parteien den Gläubiger dadurch nur vor eine Wahl stellen, ohne doch seine Entscheidung zu beeinflussen und der Gläubiger würde gewiß in den meisten Fällen — wenn er nicht überzeugt ist, daß der zweite Schuldner besser ist als der erste — die Haftung des ersten Schuldners, dem er nun einmal creditirt hat, vorziehen; was sollte ihn in der That, wenn der erste Schuldner solvent ist, bestimmen, in die Prüfung der Creditwürdigkeit des zweiten sich einzulassen? Dagegen werden die Parteien ihren Zweck leicht erreichen, wenn der erste Schuldner auf eigene Gefahr — nicht auf Gefahr des Gläubigers — den zweiten vorschiebt. [31]) Der Gläubiger kann nun allerdings nicht den ersten und den zweiten Schuldner zusammen oder diesen nach jenem belangen. Wohl aber kann er sich nach Ausklagung des Uebernehmers an den ersten Schuldner halten. [32]) Mehr als daß der Gläubiger den Versuch mache, seine Forderung von dem Ueber-

---

[29]) Regelsberger, Archiv, S. 30.

[30]) l. 28 C. de fidei. 8, 40 (41). Vgl. § 891 a. b. G. B.

[31]) Vgl. für das römische Recht z. B. l. 45, § 7 D. mand 17, 1: „tunc enim liberatur is, qui debitorem delegat, si nomen eius creditor secutus est, non cum periculo debitoris ab eo stipulatur.“

[32]) Daß der Gläubiger sein Wahlrecht ohne vorherige Erklärung durch Anbringung der Klage ausüben darf, läßt sich — wo diesbezügliche Vereinbarungen fehlen — nicht bestreiten. Die entgegengesetzte Meinung (für das österr. Recht, Krainz, 2. Bd., S. 114; Hasenöhrl, 1. Bd., S. 238; Slg. 7298) stützt sich auf doctrinäre Argumente, die nicht Stich halten, wenn man die analogen Fälle der Ausübung eines Wahlrechtes durch Klage (vgl. Windscheid, I, § 125) in Betracht zieht. Die völlige Entlassung des ersten Schuldners bedarf jedoch stets besonderer Erklärung. Vgl. Seuffert's Archiv, XLV, Nr. 9.

nehmer hereinzubringen, darf der erste Schuldner billiger Weise nicht verlangen.

Für das österreichische Recht kann diese alternative Schuldübernahme mit subsidiärer Haftung des ursprünglichen Schuldners als Regel, insbesondere auch für den Fall der Uebernahme von Satzposten auf Rechnung des Kaufschillings angenommen werden. So verschieden nämlich auch die Auslegungen der §§ 1400—1410 a. b. G. B. sind [33]), so ist doch nach der systematischen Stellung dieser Paragraphen (vgl. 1375 a. b. G. B.), welche unmittelbar an die von der Cession handelnden §§ 1392—1399 a. b. G. B. angereiht erscheinen, gewiß, daß unter der Rubrik „Anweisung (Assignation)" nicht blos die Zahlungs- und Creditanweisung im technischen Sinne geregelt werden sollte, sondern auch die Schuldübernahme, welche als Erfolg der acceptirten Anweisung gedacht wird. [34]) Nun läßt § 1406 a. b. G. B. den Assignanten dem Assignatar für die gehörige Zahlung unter den nämlichen Bedingungen haften, „unter welchen der Cedent dem Uebernehmer für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der Forderung zu haften hat" und nur im Falle § 1407 a. b. G. B., d. h. wenn der Assignatar ausdrücklich oder stillschweigend (durch Quittirung oder Aushändigung der Schuldurkunde, nicht etwa durch Einklagung des Uebernehmers) den Assignaten als Alleinzahler anzunehmen erklärt hat, fällt diese Haftung weg. Zeiller [35]) begründet diesen Rechtssatz damit, daß der Assignatar ordentlicher Weise (nämlich abgesehen vom Falle des § 1407 a. b. G. B.) nur unter der „natürlichen" Bedingung den Assignaten als Zahler annehme, daß er von ihm die Zahlung richtig erhalten würde. Genau zu dem Rechtssatze des 1406 a. b. G. B. gelangt man auch, wenn man sich im Sinne der Bähr'schen Theorie [36]) die Perfection der Schuldübernahme so denkt, daß dabei der Verkäufer sein Recht, die Zahlung vom Schuldner zu

---

[33]) Vgl. Krainz, 2. Bd., S. 113; Menzel, S. 602 ff.; Hasenöhrl, 2. Bd., S. 247 ff.; Unger, Schuldübernahme, S. 8.

[34]) Thatsächlich subsumirt die österreichische Praxis die bei Realitätenkäufen vorkommenden Schuldübernahmen fast regelmäßig unter die §§ 1400 ff., abgesehen natürlich von den Entscheidungen, die in den besprochenen Vertragsclauseln nur interne Erfüllungsübernahme im Hinblicke auf die dingliche Haftung (§ 443 a. b. G. B.) erblicken. Vgl. die von Schey zu §§ 1400 und 1402 a. b. G. B. (Manz'sche Ausgabe) angeführten Entscheidungen und Menzel, a. a. O., S. 660, Note 79 und 80, Stubenrauch, Commentar, zu § 881, 2. Bd., S. 46, Note 1.

[35]) Comm. zu § 1406 a. b. G. B.

[36]) Civ. Archiv, S. 181. Vgl. Archiv f. bg. Recht, 2. Bd., S. 103.

fordern, dem Gläubiger abtritt, so daß dieser wirklicher Cessionar seines ursprünglichen Schuldners würde. Der Schuldner müßte dann als Cedent haften. Dieser Umweg ist thatsächlich der Cautelarjurisprudenz nicht fremd. So hatte sich im Falle der österreichischen oberstgerichtlichen Entscheidung vom 21. October 1884, Z. 10.851 [37]) ein Gläubiger des insolventen Verkäufers einer Realität dessen Recht auf Klag- und Schadloshaltung seitens des Schuldübernehmers executiv einantworten lassen, um den Schuldübernehmer jure cesso zu klagen. [38]) Thatsächlich läßt sich der Gedanke, daß es überall [39]) der ursprüngliche Schuldner sei, der dem Gläubiger, um frei zu werden, den neuen Schuldner verschaffe, nicht ablehnen und damit erscheint nach allgemeinen Principien (Gewährleistungspflicht) die Verantwortlichkeit desselben gegeben.

Die bisherigen Ausführungen dürften genügen, um jede weitere Rücksichtnahme auf die Schuldübernahme zu ersparen. Es wurde gezeigt,

1. daß weder die Erfüllungsübernahme, noch die Schuldübernahme unter den Gesichtspunkt der Parteirollenspaltung zu bringen ist, wiewohl die Schuldübernahme unter Umständen, gerade so wie die Cession, eine Parteirollenspaltung herbeiführen kann [40]);

2. daß die Erfüllungsübernahme regelmäßig nur den Anspruch auf Schad- und Klagloshaltung, äußerstenfalls auch auf die Erwirkung der Exnexuation, aber niemals auf Zahlung an den Gläubiger begründet;

3. daß soferne der Uebernehmer den verschiedenartigen Ansprüchen beider Betheiligten ausgesetzt ist, dies darin seinen Grund hat, daß zwei Geschäfte (Erfüllungs- und Schuldübernahme) zusammentreffen, die nicht als identisch behandelt werden dürfen.

---

[37]) Slg. 10.217. Vgl. Seuffert's Archiv, XIX, 135 (Gareis, S. 189, Ehrlich, S. 103).

[38]) Die Klage wurde abgewiesen, weil das cedirte Recht auf Schadloshaltung den Eintritt eines Schadens auf Seite des ursprünglichen Schuldners voraussetze. Vgl. jedoch oben Note 16 und Ladenburg, Zeitschr. für H. R., 30. Bd., S. 90.

[39]) Nämlich bei Schuldübernahme durch Vertrag zwischen dem ersten und zweiten Schuldner, von der hier allein die Rede ist. Anders bei der Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer (Entw., I, § 314, II, § 357).

[40]) Nicht einmal der erweiterte Begriff der Parteirollenspaltung, unter welchen die Zahlung fremder Schuld und die Expromission fallen (siehe oben § 18), paßt auf die Schuldübernahme im technischen Sinne (Succession in fremde Schuld).

§ 24. Lebensversicherung.

Bei der Lebensversicherung tritt eine actuelle Spaltung der Parteirolle des Versicherungsnehmers ein, nicht nur in Gemäßheit der oben entwickelten Grundsätze, wenn der Versicherungsnehmer seine Rechte einer dritten Person cedirt, während er die Last der aus dem Vertrage entspringenden Verbindlichkeiten behält [1]), sondern auch dann, wenn in der Polizze ein Begünstigter namhaft gemacht ist, der nach Inhalt der Versicherungsbedingungen nach dem Tode des Versicherungsnehmers, beziehungsweise dem Eintritte der Fälligkeit sofort forderungsberechtigt sein soll, und zu diesem Zeitpunkte die Verpflichtungen des Versicherungsnehmers noch nicht vollständig erfüllt sind; denn dann kann der Versicherer die entsprechenden Rechte — abgesehen von dem später zu erörternden Rechte der Compensation — nur gegenüber dem Versicherungsnehmer, beziehungsweise dessen Erben geltend machen, während doch die Gläubigerrechte bereits dem Begünstigten zustehen. [2])

Dieser Fall bietet jedoch wenig Interesse. Wichtiger ist für unser Problem die Frage der rechtlichen Stellung des Versicherungsnehmers und des Begünstigten *vor* Fälligkeit der Polizze. Es wird nämlich vielfach der Eintritt jener Spaltung der Parteirollen schon in den Moment der Designation des Begünstigten verlegt, d. h. angenommen, daß von da an — also schon bei Lebzeiten des Versicherungsnehmers — der Begünstigte Gläubiger, der Versicherungsnehmer hingegen Schuldner des Versicherers sei. Da nun anderseits dem Versicherungsnehmer dessenungeachtet von den meisten mancherlei Rechte, insbesondere auch Klagerechte zugesprochen werden, ergibt sich der Schein, als ob hier thatsächlich ein Fall vorläge, in welchem neben dem Begünstigten auch der Beschwerte als solcher das Recht hätte, den Gegentheil gerichtlich zur Erfüllung seiner

[1]) Das Princip der „Cessibilität" der Polizze ist allgemein anerkannt. Vgl. Rüdiger, Lebensversicherungsvertrag, S. 304 fg.; Vivante, 3. Bd., S. 69 ff. (besonders Nr. 56) u. A.

[2]) Abgesehen von der Lebensversicherung tritt eine derartige Spaltung regelmäßig bei der Versicherung für fremde Rechnung ein. Vgl. König in Endemann's Hdb., 3. Bd., S. 749 ff.; Gareis, S. 286; Moltzer, S. 40; Vivante, 1. Bd., S. 145 ff. (Theorie der negotiorum gestio ohne Bedürfniß der Ratihabition); Lewis, Versicherungsrecht, S. 128 ff. (behandelt die Lebensversicherung als Specialfall der Versicherung für fremde Rechnung); endlich besonders Ehrenberg, Dogm. Jahrb., 30. Bd., S. 422 ff., Versicherungsrecht, 1. Bd., S. 191. Vgl. unten §§ 31 und 33.

Verpflichtungen zu verhalten. Thatsächlich bildet in der Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter der Lebensversicherungsvertrag den beliebtesten und oft den einzigen Beleg für die Behauptung, daß neben dem Dritten auch der Promissar als solcher gegenüber dem Promittenten forderungsberechtigt sein könne oder müsse. [3])

Die Meinungen gehen jedoch weit auseinander. Wie in der allgemeinen Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter, so markiren auch hier Unger und Bähr die beiden extremen Standpunkte. Nach Unger [4]) erwirbt aus dem Lebensversicherungsvertrage der Begünstigte schon im Momente des Vertragsschlusses ein festes, selbständiges Recht auf Auszahlung der Versicherungssumme nach dem Tode des Versicherungsnehmers. Es verschlägt nichts, wenn der Begünstigte bei Abschluß des Vertrages noch gar nicht namhaft gemacht wird; dann ist der Vertrag eben zu Gunsten einer persona incerta geschlossen, „die Forderung besteht zwar bereits substantiell und objectiv, aber es fehlt ihr vorläufig noch an der subjectiven Anknüpfung, die der Versichernde in der Hand hat". Eine Abschwächung dieser Theorie ist die sehr verbreitete Auffassung, daß der Rechtserwerb des Begünstigten im Momente der Designation, aber nicht früher [5]) eintrete. Nach dieser Lehre kann der designirte Begünstigte immerhin auf seinen Anspruch verzichten [6]), er kann ihn cediren, verpfänden [7]), auch wohl vererben [8]) und dieser Anspruch bildet ein Activum seiner Concursmasse. [9]) Der Versicherungsnehmer hingegen ist nicht Gläubiger der Versicherungsgesellschaft und ist nur auf einzelne besondere Rechte beschränkt, die ihm vermöge der lex contractus zustehen; insbesondere kann er die Begünstigung in der Regel widerrufen oder auf eine andere Person übertragen oder die Polizze selbst cediren. [10]) Noch einen Schritt weiter entfernen sich von der Unger'schen Doctrin diejenigen Schriftsteller, die das Recht des Begünstigten erst im Momente des Todes des Versicherungs-

---

[3]) Vgl. z. B. Regelsberger, Archiv, S. 16; Gareis, S. 252 fg.

[4]) S. 84 fg.

[5]) Vgl. Vivante, Contratto, 3. Bd., S. 257.

[6]) Vivante, l. c. S. 254.

[7]) Gareis, S. 279; Vivante, l. c. Vgl. dag. R. G. XLVII, S. 333 fg.

[8]) Gareis, S. 285; Rüdiger, S. 281, Note 5; Vivante, S. 255.

[9]) Gareis, S. 285 ff.

[10]) Gareis, S. 279; Rüdiger, S. 281 ff.; Vivante, 3. Bd., S. 242 ff.; Hasenöhrl, 1. Bd., S. 481.

nehmers entstehen lassen [11]), während bis dahin der Gesellschaft entweder kein Gläubiger gegenübersteht oder — in der Person des Versicherungsnehmers — ein Gläubiger, dessen Rechte jedoch ganz anderer und viel beschränkterer Art sind als die des Begünstigten. So ist nach Regelsberger [12]) der Versicherungsnehmer nur berechtigt, „die Interessen aus dem Vertrage gegenüber dem Versicherer zu wahren". [13])

Von dieser Lehre gelangt man nicht ohne feine Uebergänge [14]) zu der Theorie, welche vor Fälligkeit der Polizze den Versicherungsnehmer und nach Fälligkeit derselben den Begünstigten als alleinigen und vollberechtigten Gläubiger der Versicherungsgesellschaft betrachtet, ohne jedoch eine Uebertragung des Forderungsrechtes von dem ersten auf den zweiten Gläubiger anzunehmen. Die aus dem Versicherungsvertrage entspringende — wenn auch bedingte und nicht fällige — Forderung gehört demzufolge bei Lebzeiten des Versicherungsnehmers zu dessen Vermögen [15]), ist für seine Gläubiger Gegenstand der Zwangsvollstreckung und daher auch in seine Concursmasse einzubeziehen. Bei der Liquidation und beim Concurse der Gesellschaft tritt vor der Fälligkeit der Polizze der Versicherungsnehmer

---

[11]) Vgl. Entwurf, II, § 283, Abs. 1. Dies ist der Standpunkt des österr. Obersten Gerichtshofes (Entsch. vom 14. October 1879, Z. 11.304, Slg. 8678 und vom 17. Februar 1887, Z. 1003, Slg. 11.462), während nach der Auffassung des deutschen Reichsgerichtes die Rechte des Dritten als bedingte, abänderliche schon vorher bestehen. (Entsch., I, S. 380 und S. 190.)

[12]) Krit. Vierteljahresschr., XI, S. 566; Hdb., S. 475; Archiv, S. 16.

[13]) Wessen Interessen? Die eigenen oder die des Begünstigten? Nach Regelsberger wohl die eigenen. Denn der Versicherungsnehmer „zieht bei allenfallsiger Liquidation des Versicherungsunternehmens die Abfindung für sich ein, ohne daß er zu einer neuen Versicherung verpflichtet wäre". Aber dann müßte der Versicherungsnehmer in vollem Umfange als Gläubiger, d. h. als forderungsberechtigt auf die Versicherungssumme angesehen werden. Consequenter ist daher Karlowa (Rechtsgeschäft, S. 72), der den Versicherungsnehmer nur als berechtigt ansieht, bei Liquidation des Unternehmens die Abfindung für den Dritten sicherzustellen. Vgl. dagegen Cohen, S. 39, Note 83. Mit demselben Rechte könnte man von dem Versicherungsnehmer fordern, daß er bei Stornirung des Geschäftes die Rückkaufssumme für den Dritten sicherstelle. Vgl. unten § 25, III.

[14]) Vgl. z. B. Danz, S. 136, der schon vor Fälligkeit der Polizze zwar kein Recht, aber doch eine „Aussicht" des Begünstigten bestehen läßt, die als Vermögensvermehrung gelten soll.

[15]) König, Endemann's Hdb., 3. Bd., S. 826. Daß der Versicherungsnehmer die Leistung, welche nach seinem Tode erfolgen soll, nicht einklagen kann, ist selbstverständlich (vgl. Bähr, Urtheile, S. 81 **).

als Gläubiger auf[16]), auch steht ihm das Recht der Feststellungsklage[17]) zu u. s. w. Am weitesten endlich geht die Bähr'sche Lehre, welche den Begünstigten in nicht ganz klarer Weise[18]) als zur Ausübung der Rechte des Versicherungsnehmers — jedoch nach dessen Tode unwiderruflich — ermächtigt ansieht.[19])

Nach den üblichen Versicherungsbedingnissen muß es zweifellos erscheinen, daß der Versicherungsgesellschaft als Gläubiger zunächst nur der Versicherungsnehmer, nach dessen Tode aber nur der Begünstigte gegenübersteht.[20]) Ob aber der Begünstigte vom Versicherungsnehmer derivativ erwirbt oder ob zwischen beiden ein Verhältniß zeitlicher Aufeinanderfolge wie etwa beim successiven Erwerbe von Fideicommissen, von Forderungsrechten aus Inhaberpapieren u. dgl. bestehe, ist eine heikle Frage. Die Interessen der Contrahenten und deren Vertragswille (richtiger Wünsche) sind gewiß oft genug auf letzteres (somit auf eventuelle Schädigung der Nachlaßgläubiger und des Fiscus zum Vortheile des Begünstigten) gerichtet, das öffentliche Interesse dagegen kann — mindestens in denjenigen Fällen, in denen es sich nicht blos um die angemessene Versorgung der alimentationsberechtigten Angehörigen handelt[21]) — jene juristische Metempsychose nicht billigen, vermöge welcher ein Vermögensrecht plötzlich vollständig erlischt, um im selben Momente in einem fremden Vermögen wieder geboren zu werden. Nur das heute so allgemein herrschende Willensdogma bringt es mit sich, daß man auch über diese Frage den Willen der Parteien entscheiden läßt, welchen man in sehr künstlicher Weise aus den gebrauchten Ausdrücken (Versicherung zu Gunsten der „Erben" oder der „Hinterbliebenen", zu Gunsten der „Kinder" u. dgl.) herauszulesen pflegt.

---

[16]) Cohen, Vertr. zu Gunsten Dritter, S. 39.

[17]) Danz, S. 136. Vgl. Bähr, Urtheile, S. 81.

[18]) Vgl. namentlich Regelsberger, Archiv, S. 17.

[19]) Urtheile, a. a. O., Archiv, S. 170 ff.

[20]) Selbstverständlich ist hier von den besonderen Fällen, in denen der Begünstigte beim Vertragsabschlusse mitwirkt und sofort (bedingter) Gläubiger wird, keine Rede. Vgl. darüber Cohen, S. 38, Note 80; Lewis, S. 327; König, S. 826. Anderseits kann auch auf diejenigen Verträge, bei welchen mangels Designation eines selbständigen Begünstigten die Versicherungssumme jedenfalls in den Nachlaß fällt, nicht eingegangen werden. Diesbezüglich besteht eine umfangreiche, casuistische Literatur.

[21]) Kohler, Archiv f. bgl. R., 1. Bd., S. 362; Heck, ebenda, 4. Bd., S. 89 und 123. Vgl. die englischen married womens property acts (oben § 8, Note 14) und das mustergiltige Gesetz des Staates Kansas bei Vivante, III, S. 361. Nur auf Fälle dieser Art paßt die Argumentation Rüdiger's, S. 287 fg.

Hier muß es genügen festzustellen, daß niemals der Versicherungsnehmer und der Begünstigte concurrirende Forderungsrechte haben, daß vielmehr das Recht des einen das des andern ablöst. Das Forderungsrecht des Versicherungsnehmers gründet sich nicht darauf, daß er „Promissar" oder „Beschwerter" ist, sondern darauf, daß er bis auf weiteres der alleinige Gläubiger ist, während von einem „Dritten" oder „Begünstigten" [22]) zunächst so wenig die Rede sein kann, als von einem Testamentserben bei Lebzeiten des Testators. Die juristische Bedeutung der „Aussicht" ist in beiden Fällen die gleiche, nämlich keine. [23])

§ 25. Die vermeintlichen sonstigen Rechte des Beschwerten.

So einleuchtend es ist, daß ein Recht des Beschwerten, im eigenen Namen zu klagen auf Leistung an den ohnehin klageberechtigten Begünstigten, beinahe ausschließlich der Phantasie angehört, die dabei unbekümmert um das Wirkliche in den Grenzen des Möglichen umherschweift, so nahe liegt anderseits die Versuchung, dem Beschwerten doch noch jene mannigfaltigen andern Rechte zuzugestehen, die ein Vertrag nebst dem Rechte, die Erfüllung zu fordern, erzeugen kann. Die Betrachtung der Theorien über den Lebensversicherungsvertrag hat gezeigt, wie wenig bedenklich den meisten die Construirung einer derartigen verkrüppelten Gläubigerrolle erscheint.

Tartufari [1]), indem er so ziemlich alles zusammenstellt, was hier in Betracht kommen kann, formulirt die vermeintlichen Rechte des Promissars (Beschwerten) in sechs Grundsätzen (principî fondamentali), deren Stichhältigkeit im Folgenden zu untersuchen sein wird.

I. Tartufari's erstes Princip lautet: Der Promissar hat (mit Ausnahme der Klage auf Erfüllung) alle dem von ihm abgeschlossenen Vertrage eigenthümlichen besonderen Klagen; er kann z. B. die Aufhebung des Kaufvertrages wegen Verletzung über die Hälfte oder den Widerruf der Schenkung wegen Undank u. dgl. fordern. Wie diese von Tartufari angeführten Beispiele zeigen, sind hier jene Rechtsmittel gemeint, deren sich der Beschwerte bedienen könnte, um sich von seiner

[22]) Abgesehen von der Widerruflichkeit der Designation des Begünstigten ist auch in Betracht zu ziehen, daß die Person desselben in den meisten Fällen (Versicherung zu Gunsten der „Frau", der „Kinder", der „Hinterbliebenen") erst im Momente des Todes des Versicherungsnehmers mit Sicherheit bestimmt werden kann.

[23]) Eine noch genauere Analogie bietet die rechtliche Stellung des in einem Erbvertrage mit einem Legate Bedachten bei Lebzeiten der Contrahenten.

[1]) S. 342 ff.!

Verbindlichkeit zu befreien, um also nicht etwa das Interesse des Begünstigten, sondern lediglich sein eigenes zu wahren. Würden diese Klagen nur dem Begünstigten zustehen, so wären sie praktisch beseitigt; denn der Begünstigte hat an der Aufhebung des Vertrages, welcher ja für ihn nur den Verlust eines Rechtes bedeutet, kein unmittelbares Interesse.

Zuzugeben ist nun, daß es dem Beschwerten freistehen müsse, sich auf die Ungiltigkeit des Rechtsgeschäftes ohne Rücksicht auf die (in diesem Falle eben nicht bestehenden) Rechte des Begünstigten zu berufen und zu diesem Zwecke eine Feststellungsklage anzubringen ohne Rücksicht auf die mißliche Lage, in die er den Gegentheil insoferne versetzt, als das den Vertrag vernichtende Urtheil doch nur inter partes wirkt, so daß der Gegentheil noch einem Processe mit dem Begünstigten ausgesetzt bleibt. Aber wenn es sich darum handelt, ein giltiges Geschäft rückgängig zu machen, also wenn etwa ein Kaufvertrag wegen laesio enormis umgestürzt oder mit der actio redhibitoria angegriffen werden soll, kann dem Beschwerten jene Befugniß nicht zugestanden werden. Denn einerseits wird den Rechten des Begünstigten nach dem Principe, daß die Rechtskraft auf die Parteien beschränkt bleibe, durch den vom Beschwerten anhängig gemachten Rechtsstreit nicht präjudicirt; anderseits ist der Gegentheil nicht verpflichtet, den giltig verpflichteten Beschwerten zu befreien oder das von ihm etwa Empfangene zurückzustellen, wenn nicht auch er selbst gegenüber dem Begünstigten befreit wird, beziehungsweise das diesem Geleistete zurückerhält. Der Beschwerte befindet sich also in der nämlichen Situation wie der Käufer, der seinen Anspruch auf die Waare cedirt hat und nun gleichwohl, um sich seinen Verpflichtungen zu entziehen, redhibiren will[2]) (nachträgliche Parteirollenspaltung). Wenn der Begünstigte[3]) nicht dem Beschwerten seine Rechte abtritt, also die Spaltung beseitigt und damit den Beschwerten in die Lage setzt, zurückzugewähren, was nach Aufhebung des Vertrages dem Gegner gebührt, so kann die Aufhebung nur gemeinsam vom Beschwerten und Begünstigten einerseits und dem Gegentheile anderseits bewirkt werden, so wie ja auch zu einer Aufhebung des Vertrages mutuo dissensu nothwendiger Weise alle Parteien zusammenwirken müssen.[4])

[2]) cf. l. 43, § 8 D. de Aed. Ed. 21, 1.

[3]) Daß hier und im Folgenden der Ausdruck „Begünstigter" stets in Gemäßheit der oben § 18 angenommenen Terminologie gebraucht wird, also einen Gläubiger, nicht einen bloßen Anwärter bezeichnet, bedarf wohl kaum der Erinnerung.

[4]) Soferne sich nicht der ganze Vorgang als ein liberatorischer Vertrag zu Gunsten eines Dritten abspielt, wobei aber der Dritte eben nur der Beschwerte

II. Tartufari's zweites Princip: Der Beschwerte kann alle etwa zu eigenen Gunsten stipulirten Leistungen einklagen [5]) — ist selbstverständlich, denn dieses Princip bezieht sich nur auf Verträge gemischter Natur [6]) und bietet, so weit es sich bloß um die eigenen Ansprüche des Beschwerten handelt, nichts Besonderes. [7]) Eine Schwierigkeit ergibt sich nur bei denjenigen Geschäften, welche bei nicht rechtzeitiger Erfüllung aufgehoben werden können, z. B. beim Kaufe nach Art. 355 H. G. B. Hier entsteht nämlich die Frage, ob der Beschwerte zum Nachtheile des Begünstigten die Auflösung des Vertrages durchsetzen kann, wenn die ihm selbst gebührende Leistung nicht erbracht wird. Die Frage löst sich von selbst, wenn die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten theilbar ist, so daß der Vertrag selbst theilweise aufgehoben werden und theilweise fortbestehen kann. Ist dies nicht der Fall, so kann das Rücktrittsrecht wieder nur vom Beschwerten in Gemeinschaft mit dem Begünstigten ausgeübt werden, wenn auch nur die dem Beschwerten selbst zugesicherte Leistung ausgeblieben ist. [8])

III. Tartufari gibt dem Beschwerten alle Mittel, welche das Recht des Begünstigten sichern können, z. B. das Recht Arrest

---

sein kann. Der Begünstigte könnte nämlich die Spaltung durch Expromission für den Beschwerten beheben und alsdann könnte er jedenfalls im Einvernehmen mit dem Gegentheile den Vertrag aufheben. Dagegen wäre eine blos zwischen dem Beschwerten und dem Gegentheile vollzogene Aufhebung ein Geschäft zu Lasten eines Dritten, also gewiß unmöglich.

[5]) „Darüber kann weder Streit, noch Zweifel herrschen" (Gareis, S. 250).

[6]) Die Einheit des Vertrages wird dadurch allein, daß neben dem Begünstigten auch dem Beschwerten Leistungen zugesichert sind, wie Gareis richtig bemerkt, nicht aufgehoben. Die Parteirolle ist eben in solchem Falle nur unvollkommen zerlegt, nicht durchgreifend gespalten, oder es ist mit der Spaltung eine Theilung combinirt. Vgl. oben § 18.

[7]) Als Beispiel könnte etwa das Recht des Versicherungsnehmers auf den „Bonus" (Gewinnantheil) angeführt werden, sofern derselbe in Baarem vertheilt oder von der Prämie abgezogen wird, nicht auch, wenn die Bonification in einer Vergrößerung der Versicherungssumme besteht. Seltsamer Weise führt Gareis, S. 253, vor Note 3, diesen Anspruch unter den „Schutzmitteln zum Zwecke der Sicherung des Rechtes des Dritten" an.

[8]) Auch die von Gareis (S. 252) erwähnten Verträge, denen zufolge für den Fall gewisser Ereignisse (z. B. Tod oder Verschollenheit des Dritten vor Fälligkeit der Leistung) das dem Dritten nur bedingt zugewendete Recht von dem Promissar ganz oder theilweise für sich soll geltend gemacht werden können, sind lediglich Combination mehrerer Rechtsphänomene (alternative Spaltung), wie man deren noch eine große Anzahl ersinnen kann.

zu legen, die actio Pauliana anzubringen ꝛc.[9]) Ganz falsch. Die Annahme solcher Rechte verdankt offenbar der Betrachtung des Lebensversicherungsvertrages mit namentlicher Begünstigungsclausel ihren Ursprung, welcher Vertrag jedoch, wie bereits gezeigt wurde, bis zum Eintritte der Fälligkeit ein einfacher Vertrag auf Leistung zu Handen eines (bis auf Weiteres nicht berechtigten) Dritten ohne Rollenspaltung, also kein perfecter Vertrag zu Gunsten des Dritten ist. Im Concurse können nicht wegen derselben einfachen (d. h. nicht getheilten oder correalen) Forderung zwei Gläubiger auftreten. Die Forderung muß nothwendiger Weise entweder dem Beschwerten oder dem Begünstigten zustehen. Sie steht stets dem Begünstigten zu, wo ein Begünstigter im technischen Sinne, d. h. ein klageberechtigter vorhanden ist. Sonst steht sie dem Beschwerten allein zu, der eben dann zugleich auch — wenigstens vorläufig — der alleinige Gläubiger ist. Es widerstreitet allen Principien des Proceß-, beziehungsweise Concursrechtes, jemandem, der nicht wirklich Gläubiger ist, d. h. keinen Anspruch auf den geschuldeten Gegenstand hat, doch Rechtsmittel zuzugestehen, welche das Gesetz sonst stets nur dem wirklichen Gläubiger zur Verfügung stellt. Aber auch vom civilrechtlichen Standpunkte wird man die Ergreifung von Sicherungsmaßregeln zum Schutze eines Rechtes, das einem andern zusteht, nur als eine negotiorum gestio begreifen können.[10])

IV. Die Behauptung Tartufari's, daß dem Beschwerten das Recht zustehe, von dem Gegentheile, welcher dem Begünstigten die stipulirte Leistung vorenthält, seine eigene Leistung zurückzufordern und den Vertrag aufzulösen, könnte als Regel nur für das französische Recht und die verwandten Codificationen in Frage kommen, ist aber — nach dem ad I Ausgeführten — jedenfalls unrichtig.[11]) Wenn Tartufari hier auf die condictio causa data causa non secuta hinweist, welche

[9]) Vgl. Gareis, S. 252 fg., der, indem er immer nur die Lebensversicherung im Auge behält, unter diesen Gesichtspunkt das Recht bringt, gegen [illegible] des Versicherers aufzutreten, die aus dem Versicherungsvertrage entspringenden Rechte im Concurse des Versicherers zu „vertreten“ ꝛc. Ebenso oben § 65, Note 13.

[10]) Tartufari begegnet diesen Bedenken im vorhinein auf dem Boden der Construction. Er schreibt dem Promissar in allen Fällen ein Forderungsrecht auf die Leistung an den Dritten zu und nimmt an, daß dieses Forderungsrecht zwar nicht direct klagbar sei, aber indirect durch die von ihm angegebenen Mittel gesichert werden könne, d. h. das Forderungsrecht besteht nur insoweit, als es eben zur Rechtfertigung einer verfehlten Doctrin benöthigt wird.

[11]) Richtig Gareis, S. 251 fg.

das römische Recht dem Schenker wegen Nichterfüllung des modus zugestand, so übersieht er, daß diese nur so lange zulässig war, als man dem Dritten das Recht auf Erfüllung zu klagen, vorenthielt, da sie mit diesem Rechte nicht vereinbar ist.[12])

V. Ueberdies gesteht Tartufari dem Beschwerten die Klage auf das Interesse zu, wenn der Vertrag gegenüber dem Begünstigten nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt wird. Ein solches Recht nimmt auch Gareis[13]) an, dem es jedoch nicht entgangen ist, daß ein derartiges Interesse im Hinblick auf das selbständige Klagerecht des Dritten nicht leicht vorliegen kann. Allein auch wo ein solches Interesse einmal ausnahmsweise vorhanden wäre, könnte es natürlich nicht für sich allein ein Klagerecht erzeugen, soferne es nicht durch den Vertrag eigens rechtlich geschützt wurde. Das Interesse muß also schon zur Zeit des Vertrages (wenn auch nur als ein eventuelles) bestanden haben, es muß dem Gegner erkennbar und sein Schutz ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart gewesen sein[14]) und alsdann wäre wieder nicht abzusehen, warum der Beschwerte dieses Interesse nur auf einem Umwege und nicht direct durch eine Klage auf Leistung an den Dritten sollte schützen dürfen, warum er erst einen Schaden erleiden und nachweisen sollte, wie Gareis will. Mit der ganzen Frage begeben wir uns übrigens wieder in jenes Gebiet des Möglichen, wo man den Willen alle erdenklichen Gebäude aufführen läßt, weil sich die juristische Phantasie doch unter gewissen wunderlichen Voraussetzungen noch ein Interesse und damit eine Grundlage für ihre luftigen Gebäude vorstellen kann.[15])

VI. Wenn schließlich Tartufari dem Beschwerten ein Widerrufsrecht (in der Regel) so lange zugesteht, als der Begünstigte den

---

[12]) Vgl. Koch, Recht der Forderungen, 2. Bd., S. 252, Note 13. Das Klagerecht der l. 3 C. de don. quae sub modo 8, 54 (55) ist an Stelle der condictio, nicht neben dieselbe getreten. Windscheid, § 428, vor Note 8. Vgl. oben § 21, Note 14.

[13]) S. 253.

[14]) Zweifellos kann der Beschwerte für den Fall der Nichterfüllung gegenüber dem Begünstigten eine Conventionalstrafe für sich bedingen. Derartige vereinbarte Entschädigungs- oder Strafansprüche fallen unter das sub II angeführte, ungemein einfache Princip.

[15]) Der im § 23 betrachtete Fall des aus Erfüllungsübernahme (nach innen) und Schuldübernahme (nach außen) zusammengesetzten Geschäftes gehört nicht hieher. Denn der Anspruch aus der Erfüllungsübernahme ist nicht auf Leistung an den Gläubiger gerichtet, und aus der Schuldübernahme erlangt der ursprüngliche Schuldner überhaupt keinen Anspruch.

Vortheil nicht in irgend einer Weise anzunehmen erklärt hat[16]), so behauptet er damit nur eine Besonderheit der eigentlichen Verträge zu Gunsten Dritter, die mit der Parteirollenspaltung nichts zu thun hat und die in diesem Zusammenhange nicht interessirt.[17])

Während somit dem Beschwerten als solchem außer der Feststellungsklage behufs Geltendmachung der Nichtigkeit (nicht der Giltigkeit) des Vertrages kein Klagerecht zukommt, können ihm rechtsverfolgende Einreden, z. B. die exceptio non adimpleti contractus oder die exceptio redhibitionis, keineswegs abgesprochen werden. Es liegt hierin eine eigenthümliche, unvermeidliche Inconsequenz, über welche unten § 30 bei Behandlung der ganz analogen Frage nach dem Einrederechte des Gegentheils gegenüber dem Begünstigten das Nähere beigebracht werden wird. Bei der vollkommenen Gleichheit der rechtlichen Situation ist es unzulässig, die wichtige Frage zweimal zu erörtern. Daß sie aber bis zur Besprechung der Rechtsstellung des Gegentheils gegenüber dem Begünstigten ausgesetzt wird, rechtfertigt sich aus der Betrachtung, daß sie dort ungleich häufiger praktische Bedeutung erlangt, und daß die Literatur, sowie auch die Gesetzgebung beinahe ausschließlich nur das Einrederecht des Gegentheils gegenüber dem Beschwerten behandelt, obwohl alles darüber Gesagte genau auch für das Einrederecht des Beschwerten zutrifft.

§ 26. Die Rechte der Gläubiger des Beschwerten. Stand der Frage.

Nur den bösen Tropfen, nicht den guten, genießt aus Verträgen mit Parteirollenspaltung der Beschwerte.[1]) Diese Verträge bieten ihm daher bei drohender Insolvenz ein Mittel, sein Vermögen zum Schaden der Gläubiger zu Gunsten eines beliebigen Dritten zu verringern. Abhilfe kann nur das Anfechtungsrecht schaffen. Aber dieselbe Spaltung, die zur Geltendmachung dieses Rechtes nöthigt, schafft auch, indem sie drei Vermögen mit einander verknüpft, jene eigenartigen Schwierigkeiten, die das Problem der Anfechtbarkeit gespaltener Verträge, ungeachtet seiner verhältnißmäßig geringen Beachtung, als einen Tummelplatz der verschiedenartigsten und unverträglichsten Meinungen würdig neben die bisher behandelten treten läßt. Daß auch dieses Problem fast nur im Rahmen

---

[16]) Tartufari drückt sich noch farbloser aus: „il diritto di revoca può essere esercitato fino a che il terzo non abbia in qualche modo dimostrata la sua volontà di approfittare della stipulazione intervenuta a suo favore."

[17]) Siehe oben §§ 7 bis 12.

[1]) Leonhard, Anfechtbarkeit, S. 28.

der Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter erörtert oder gestreift wurde[2]), kann nicht überraschen, wiewohl auf den ersten Blick erkennbar ist, daß die zu lösenden Schwierigkeiten nicht aus dem Umstande entspringen, daß die vom Beschwerten zum Nachtheile seiner Gläubiger angestrebte Bereicherung des Dritten häufig ohne Theilnahme des letzteren am Abschlusse des Geschäftes eintritt. Erst Leonhard hat gezeigt, daß hierauf in dieser Frage, wie in so vielen andern nichts ankommt; erst Leonhard hat die wirkliche Wurzel des Problems bloßgelegt: „In der Abwesenheit des Dritten," lehrt er[3]), „liegt nicht die Gefährlichkeit der besprochenen Abreden, sondern in ihrer eigenthümlichen Zerspaltung der zweiseitigen Geschäfte unter drei Personen".

Minder glücklich als in der Formulirung ist Leonhard in der Lösung der Aufgabe. Er meint, daß das Anfechtungsrecht der Gläubiger gegenüber jenen eigenthümlichen gespaltenen Verträgen nach gemeinem Rechte ausgeschlossen sei, sowohl gegenüber dem ehrlichen Schuldner (Gegentheil), der auf Kosten seines Vertragsgenossen (des Beschwerten) dem Dritten (Begünstigten) einen Vortheil zuwendet, als auch gegenüber dem Dritten, weil dieser sein Recht nicht aus dem Vermögen des Ersteren herleitet.[4]) Das Heilmittel liegt nach Leonhard für das geltende Recht nur in dem von wenigen Ausnahmen durchbrochenen Verbote derartiger Geschäfte, de lege ferenda aber in der „Herabminderung" des vermeintlichen Verbotes zu einer Anfechtbarkeitsvorschrift. Es sei der Grundsatz aufzustellen, „daß unsere Verträge auf eigene Kosten für ein fremdes Vermögen ebenso anfechtbar sein müssen, wie unmittelbare Zuwendungen, und zwar sowohl dem Bereicherten gegenüber als auch, so lange der Vertrag nicht erfüllt ist, der unbetheiligten Vertragspartei, von der wir uns auf unsere Kosten ein Recht für den Dritten haben zusichern lassen". Und diese zweischneidige, gleichmäßig gegen beide Geschäftsgenossen gerichtete Anfechtbarkeit soll sich (auch) allein auf die Beziehungen des Dritten zum Beschwerten stützen dürfen.[5])

Die andern in- und ausländischen Schriftsteller und die spärlichen publicirten Entscheidungen der Gerichte setzen das Anfechtungsrecht der

---

[2]) So von Tartufari, S. 350ff. und 380ff.; Danz, S. 136fg.; Laurent, S. 178ff.

[3]) Anfechtbarkeit, S. 49.

[4]) S. 38. Leonhard bestreitet übrigens die Möglichkeit nicht, daß sich eine den Gläubigern günstigere Praxis entwickelt habe, welche er denn als ein „durchaus billigenswerthes Gewohnheitsrecht" gelten lassen würde.

[5]) S. 50ff.

Gläubiger als selbstverständlich voraus, wiewohl — mit vereinzelten Ausnahmen (britisches Recht) — keine Gesetzgebung die Anfechtbarkeit der zweigliedrigen Geschäfte nicht besonders festgestellt und geregelt hat. Leider beziehen sich die einschlägigen theoretischen Erörterungen entweder ex professo nur auf die Lebensversicherung oder sie sind — soweit sie scheinbar allgemein gehalten sind — doch nur auf die Eigenthümlichkeiten der Lebensversicherung berechnet, daher sich denn überall die große Verschiedenheit der Grundanschauungen über die rechtliche Natur dieses Geschäftes geltend macht.

So hält Danz [6]), der das Gläubigerrecht vom Versicherungsnehmer erst im Momente des Todes (translativ) auf den Begünstigten übergehen läßt, als Zeitpunkt des Veräußerungsgeschäftes aber gleichwohl den Moment betrachtet, in welchem dem Dritten die „Aussicht" auf das Forderungsrecht gewährt wurde, die Anfechtung z. B. aus dem Grunde des § 25 Z. 1 D. E. O. für statthaft, wenn die unentgeltliche Ueberweisung der Forderung — Beispiel: Schenkung der auf den Inhaber [7]) gestellten Polizze — innerhalb des letzten Jahres vor der Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers erfolgt ist, nicht auch wenn die Zuweisung früher geschehen ist. In ersterem Falle können die Concursgläubiger nach Danz Herauszahlung der vollen Versicherungssumme, im letzteren dagegen nicht einmal die Vergütung der innerhalb des letzten Jahres gezahlten Prämien fordern. Beides ist unrichtig.

Der Ansicht Danz' nähert sich die Meinung Goldschmidt's [8]), insoferne derselbe beim Lebensversicherungsvertrage als Gegenstand der anfechtbaren Zuwendung nicht die Prämien betrachten will. Aber auch die Versicherungssumme als solche entzieht sich nach Goldschmidt dem Zugriffe der Gläubiger. Gegenstand der Anfechtung soll vielmehr „der durch die Prämienzahlung erworbene, in seinem Werthe mit der Lebensdauer des Versicherten nach bekannten Grundsätzen steigende Versicherungsanspruch" sein. [9])

---

[6]) Forderungsweisung, S. 137.

[7]) Danz faßt die auf den Inhaber lautende Polizze richtig als bloßes Legitimationspapier auf (S. 139, Note 2). Andernfalls wäre die Uebergabe der Polizze freilich ein perfectes Veräußerungsgeschäft, aber ein schlechter Beleg für den von Danz ganz allgemein aufgestellten Satz.

[8]) Zeitschr. für H. R., 35. Bd., S. 280.

[9]) Damit soll wohl die Prämienreserve zum Maßstabe der Zuwendung gemacht werden. Aber auf diese hat der Begünstigte keinen Anspruch. Auch entspricht

Die von Danz und Goldschmidt abgelehnte Ansicht vertritt Gareis[10]); nach Gareis steht den Gläubigern des Promissars (Versicherungsnehmers) möglicherweise das Recht zu, die Leistung desselben an den Promittenten (Prämien) anzufechten, auf die Gegenleistung der Promittenten zu Gunsten des Dritten haben sie keinen Anspruch.

Derselben Ansicht scheint Dietrich[11]) zu sein, da er als Maximum der Ansprüche der Gläubiger die Gesammtsumme der Prämienzahlungen, nicht aber die Versicherungssumme bezeichnet und hiezu erläuternd bemerkt, das Bezugsrecht auf letztere sei nie im Vermögen des Erblassers gewesen, nur hinsichtlich der Prämienzahlungen also könne man von Veräußerung im Sinne des Reichsgesetzes sprechen.

Am nächsten kommt — unter den deutschen Schriftstellern — der Erkenntniß des richtigen Sachverhaltes Hartmann.[12]) Er unterscheidet bei Anfechtung von zu Gunsten Dritter geschlossenen Leibrenten und Lebensversicherungsverträgen zwischen der Anfechtung gegenüber der Versicherungsgesellschaft und der Anfechtung gegenüber dem Begünstigten. In dem ersten, gewiß seltenen Falle könne der Vertrag nach der allgemeinen Regel angefochten werden, wenn er in der beiderseits getheilten Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, abgeschlossen worden sei. Im zweiten Falle charakterisire sich der Versicherungsvertrag stets als eine unentgeltliche Verfügung. Der Begünstigte bereichere sich mit den Mitteln und aus dem Vermögen des insolventen Schuldners und diese Bereicherung (also die Versicherungssumme) unterliege bis zum Belaufe der gezahlten und den Gläubigern entfremdeten Prämien der Anfechtung.

Petersen und Kleinfeller[13]) schließen sich der Hartmann'schen Lehre an.

---

dieser Maßstab nicht den Anforderungen des § 30 der Reichsconcursordnung, beziehungsweise der §§ 17 und 19 des österr. Anfechtungsgesetzes. A. M. auf Grund einer eigenartigen Anschauung über das Wesen der Bereicherung Heck, Archiv f. bgl. R., 4. Bd., S. 105 ff.

[10]) Verträge zu Gunsten Dritter, S. 85.

[11]) Die rechtliche Stellung der Gläubiger eines überschuldeten Nachlasses zu einer von dem Erblasser abgeschlossenen Capitalsversicherung des eigenen Lebens auf den Todesfall. Göttingen 1893, S. 50 f. (Inaugural-Dissertation.) Vgl. auch daselbst S. 43, Note 5.

[12]) Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen ꝛc., S. 148 ff.

[13]) Commentar zu § 25 K. O., I, 3. Vgl. auch Bähr, Archiv f. bgl. R., 7. Bd., S. 19 und 57.

Uebrigens herrscht in der Literatur unserer Anfechtungsgesetze schon bezüglich der maßgebenden allgemeinen Grundsätze Unklarheit und vielfacher Streit. So gilt es als Kriterium des entgeltlichen Vertrages, daß die Gegenleistung derjenigen Partei zukomme, von welcher die Hauptleistung ausgegangen ist.[14]) Das wäre ganz richtig, wenn dabei die Möglichkeit in's Auge gefaßt wäre, daß eine Partei durch zwei Personen repräsentirt sein könne. Diese Einsicht hat sich aber nicht Bahn gebrochen. „Mag auch an sich," bemerkt Cosack a. a. O., „die Gegenleistung, die einem Dritten gemacht wird, eine erhebliche Leistung für denjenigen enthalten, der sie vorzunehmen hat, so ist sie darum für den andern Theil noch kein Ersatz für die eigene Leistung, sein Interesse an der Leistung des andern ist vielmehr zunächst ideeller Natur und deshalb der Regel nach nicht geeignet, wirklich als Aequivalent für die eigene reelle Leistung zu dienen." Aber wenn der Vertrag gegenüber dem Empfänger der Leistung angefochten werden soll, so kann für die Frage der Entgeltlichkeit doch wohl nur dessen Standpunkt maßgebend sein. Ist es gerecht, den Käufer, der den vollen Kaufpreis einem Dritten zahlt, wie einen Geschenknehmer zu behandeln?

Unter den ausländischen Juristen ist vor allem Laurent[15]) zu beachten, der in seiner Monographie über die „stipulations pour autrui" die „droits des créanciers du stipulant" besonders eingehend, aber nicht durchwegs überzeugend erörtert. Allerdings beziehen sich seine Ausführungen wie die der gleich zu besprechenden italienischen Autoren auf eine von der unseren wesentlich verschiedene, unvollkommenere Anfechtungsgesetzgebung. Das französisch-italienische Civilrecht erfordert bekanntlich für die Anfechtung unentgeltlicher Verfügungen eines insolventen Schuldners Nachweis der fraudulosen Absicht desselben, für die Anfechtung entgeltlicher Verfügungen außerdem auch conscientia fraudis auf Seiten des andern Contrahenten.[16]) Demgemäß nimmt Laurent, da die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit bezüglich jedes Geschäftsgenossen selbständig zu beurtheilen sind, drei Möglichkeiten an: der Vertrag kann angefochten werden gegenüber dem Gegentheil (promettant) oder gegenüber

---

[14]) Vgl. Cosack, Anfechtungsrecht, S. 138; Krasnopolski, Anfechtungsrecht, S. 45 u. A. Für die richtige Auffassung tritt die Entsch. des Reichsgerichtes vom 22. December 1888, Seuffert's Archiv, XLV, Nr. 153, ein.

[15]) Stipulations pour autrui, S. 178 ff.

[16]) Zachariä-Dreyer, Hdb., II, S. 347 ff.; Ital. cod. civ. art. 1235, cod. di comm. art. 708.

dem Begünstigten (tiers bénéficiaire) oder gegenüber beiden. Im ersten Falle bleibt ungeachtet der Anfechtung des Vertrages die Verpflichtung des Gegentheils gegenüber dem Begünstigten unberührt und ist es Sache des Gegentheils, diese Last den anfechtenden Gläubigern in Rechnung zu stellen — richtig. Im zweiten Falle wird nach Laurent nur die Begünstigungsclausel hinfällig und können daher die anfechtenden Gläubiger vom Gegentheile die dem Begünstigten zugesicherte Leistung fordern — falsch. Danach könnten die Gläubiger des Beschwerten, die einen Lebensversicherungsvertrag gegenüber dem Begünstigten angefochten haben, vom Gegentheile unmittelbar den vollen Betrag der Versicherungssumme (nicht blos die gezahlten Prämien) verlangen.[17]) Im dritten Falle wird der Vertrag vollkommen und für alle Betheiligten unwirksam.

Vivante[18]) behandelt die Frage nur bezüglich der Lebensversicherung. Da er den Rechtserwerb des Begünstigten schon im Momente der Designation eintreten läßt, mißt er diesem Zeitpunkte ausschlaggebende Bedeutung bei und unterscheidet demgemäß in erster Linie ob die Designation gleich bei Abschluß des Vertrages oder erst nachträglich erfolgt ist.

Im ersteren Falle hat das Recht auf die Versicherungssumme niemals zum Vermögen des insolventen Versicherungnehmers gehört und seine Gläubiger

---

[17]) Also wie bei Danz. Laurent beruft sich hiefür (S. 183) auf eine Entscheidung des Trib. de Bône vom 3. November 1875, Sirey, 79, 2, 292, deren Motive interessant genug sind, um die Wiedergabe zu rechtfertigen: „On soutient vainement qu'il est peu équitable que la masse puisse profiter des sommes qui réellement ne sont pas sorties du patrimoine du failli; qu'en effet si, par suite de la mort de l'assuré survenue peu de temps après la contrat, l'acquisition du capital d'assurance a été avantageuse, le prolongement de son existence pouvait la rendre onéreuse à la masse qui supportait alors le paiement des primes; qu'il est juste que dans un contrat aléatoire ce soit celui qui supportait les risques qui en retire aussi les bénéfices, et que les créanciers, victimes des actes frauduleux ou imprudents du failli, profitent tant au moins des opérations avantageuses qu'il a pu faire." Genau dieselbe Motivirung begegnet bei Heck, Archiv f. bgl. R., 4. Bd., S. 56 fg. Allein die neuesten französischen Entscheidungen geben der Concursgläubigerschaft nur einen Anspruch auf Rückerstattung der Prämien, vgl. die Entscheidungen des Appellationshofes Besançon vom 2. März 1887, des Cassationshofes vom 22. Februar 1888 und vom 27. März 1888 u. A. Im Sinne der älteren Praxis hat allerdings wieder der Appellationshof Amiens (8. Mai 1888) entschieden.

[18]) Contratto, 3. Bd., S. 218 ff.; darüber Goldschmidt, Zeitschr. f. H. R., 35. Bd., S. 279, und die Besprechung in Grünhut's Zeitschr., 19. Bd., S. 668 fg.

können den Vertrag nur gegenüber dem Versicherer nach den für entgeltliche Verträge geltenden Regeln — also nur, wenn er fraudis particeps ist — anfechten; gelingt die Anfechtung, so wird der Vertrag hinfällig und der Begünstigte verliert jeden Anspruch.[19]) Ist der Versicherer nicht fraudis particeps, so läßt Vivante die Gläubiger des Versicherungsnehmers zwar nicht den Vertrag selbst anfechten (annullare), wohl aber gesteht er ihnen das Recht zu, vom Begünstigten den Ersatz der gezahlten Prämien aus der Versicherungssumme zu fordern, weil sich der Begünstigte sonst mit ihrem Schaden bereichern würde. Die Gläubiger bekommen also nie mehr als die Summe der gezahlten Prämien und nie mehr als die Versicherungssumme; vielmehr bildet der geringere von beiden Beträgen die Grenze ihres Rechtes. Nur hat der Begünstigte nebst den Prämien auch die Zinsen zu ersetzen, und zwar der unredliche nach dem gesetzlichen, der redliche Begünstigte nach dem vom Versicherer bei Feststellung der Prämien angenommenen niedrigeren Zinsfuße. Die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit (fraudulose Absicht, Benachtheiligung der Gläubiger) sind für jede einzelne Prämienzahlung besonders nachzuweisen.

Im zweiten Falle, wenn also die Designation des Begünstigten erst nach Abschluß des Vertrages erfolgt ist, hat der Versicherungsnehmer die Prämien zunächst für eigene Rechnung gezahlt und können daher seine Gläubiger anstatt dieser nur den Werth der Polizze im Momente der Designation und überdies selbstverständlich den Ersatz der nachfolgenden fraudulosen Prämienzahlungen fordern.

Tartufari[20]), der von den Verträgen zu Gunsten Dritter im allgemeinen handelt, unterscheidet einerseits die Anfechtung der Stipulation zu Gunsten des Dritten bei Aufrechthaltung des Vertrages zwischen dem Promissar (Beschwerten) und dem Promittenten, anderseits die Anfechtung des ganzen Geschäftes, sowohl bezüglich des Rechtsverhältnisses zwischen den beiden Contrahenten, als auch bezüglich des Dritten. Der Erwerb des Begünstigten kann, wenn er sich nach dem zwischen ihm und dem Beschwerten bestehenden besonderen Rechtsverhältnisse als ein entgeltlicher darstellt, nach den Regeln der actio Pauliana angefochten werden, wenn dieses Rechtsverhältnis selbst anfechtbar ist (also zum Nachtheile der Gläubiger geschaffen wurde). Stellt sich dagegen der Erwerb des Be-

---

[19]) Hierin liegt m. E. ein erheblicher Rückschritt gegenüber Laurent. Anders bezüglich der folgenden grundlegenden Ausführungen Vivante's.

[20]) S. 352, 380 fg., 384 (besonders Note 22).

günstigten als ein unentgeltlicher dar, so können ihn die Gläubiger des Beschwerten jedenfalls so weit anfechten, als ihre Verkürzung reicht, d. h. sie erlangen nie mehr als der Beschwerte aufgewendet und nie mehr als der Begünstigte erhalten hat, so daß das Resultat für die Lebensversicherung wenigstens in der Hauptsache mit den Ergebnissen Hartmann's und Vivante's übereinstimmt.

§ 27. Fortsetzung. Die Anfechtbarkeit nach der österreichischen und deutschen Anfechtungsgesetzgebung.

Soll in diesem Widerstreite der Meinungen eine Verständigung erzielt werden, so ist ein dreifaches nöthig.

Vor allen Dingen muß die Untersuchung festgelegt werden durch die engste Anknüpfung an das so reich entwickelte deutsche und österreichische positive Anfechtungsrecht.

Ferner darf als Typus des gespaltenen Geschäftes oder des Vertrages zu Gunsten Dritter nicht in jeder Hinsicht gerade der so eigenartig und principlos gestaltete moderne Lebensversicherungsvertrag verwerthet werden. Vielmehr sind jene Schwierigkeiten, die nur in den besonderen Eigenthümlichkeiten dieses Geschäftes wurzeln (Nachfolge im Rechte, die keine Rechtsnachfolge sein soll), besonderer Betrachtung vorzubehalten.[1])

Endlich aber ist das Princip der Spaltung festzuhalten als das einzige Mittel, die complicirten Erscheinungen, die uns beschäftigen, in wohlbekannte Typen und Begriffe aufzulösen.

Hartmann, Laurent, Vivante und Tartufari legen den Gedanken nahe, wenigstens[2]) zwei Fälle sorgfältig zu unterscheiden: die Anfechtungsklage gegen den Gegentheil und die Anfechtungsklage gegen den Begünstigten. Daß Voraussetzungen und Wirkungen der Klage je nach ihrer subjectiven Richtung verschieden sein werden, ist von vornherein zu erwarten.

I. Richtet sich die Anfechtungsklage gegen den Gegentheil, so müssen diesem gegenüber die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit erfüllt sein. Der Vertrag ist niemals deswegen allein als ein unentgeltlicher zu behandeln, weil die Gegenleistung nicht dem Beschwerten, sondern dem Begünstigten zukommt. Nichts kann in der That unjuristischer sein, als

---

[1]) Siehe den folgenden Paragraphen.

[2]) Laurent's dritter Fall (Anfechtung gegen beide Betheiligte) erledigt sich als ein blos zusammengesetzter, aber nicht verwickelter von selbst.

wenn man Kaufverträge, Miethverträge, Versicherungsverträge ꝛc., deren Wesen wir seit jeher in der Entgeltlichkeit zu erblicken gewohnt sind, plötzlich im Anfechtungsrechte neben der Schenkung als unentgeltliche Geschäfte aufmarschieren läßt. Gegen diesen „Unverstand" hat sich denn auch das Reichsgericht, Seuffert's Archiv, XLV S. 245 fg., scharf genug ausgesprochen. Maßgebend ist überall der Standpunkt und die Person des Gegentheils, denn mit diesem, nicht aber mit (sondern neben) dem Begünstigten hat der Beschwerte contrahirt. Wollen sich die Gläubiger des Beschwerten auf § 25 Z. 1 D. C. O., § 3 Z. 1 A. G. [3]) berufen, so muß der Erwerb des Gegentheils ein wenigstens zum Theile unentgeltlicher sein; soll die allgemeine Vorschrift des § 24 Z. 1 D. C. O., § 2 A. G. zur Anwendung gelangen, so muß dem Gegentheile die Absicht des Beschwerten bekannt gewesen sein, die anfechtenden Gläubiger zu benachtheiligen; und der Gegentheil (nicht der Begünstigte) muß ein naher Angehöriger des Beschwerten sein, wenn der Vertrag nach § 24 Z. 2 D. C. O. beziehungsweise § 3 Z. 4 A. G. angefochten werden soll.

Der Effect der Anfechtung besteht nach § 22 D. C. O., § 1 A. G. darin, daß der Vertrag den anfechtenden Gläubigern gegenüber unwirksam wird; er bleibt also wirksam gegenüber dem Begünstigten, d. h. dieser kann den Gegentheil nach wie vor auf die Gegenleistung klagen und hat die etwa schon empfangene Gegenleistung nicht zurückzustellen. Der Gegentheil erleidet also einen Schaden. Für diesen kann er nur von dem Beschwerten beziehungsweise als Concursgläubiger von der Concursmasse Ersatz verlangen. [4])

Würde z. B. einmal der Fall der Anfechtung eines Lebensversicherungsvertrages zu Gunsten eines Dritten gegenüber der Gesellschaft eintreten (z. B. der Versicherungsvertrag wäre nach der Zahlungseinstellung des Versicherungsnehmers geschlossen worden und der Gesellschaft wäre die Zahlungseinstellung bekannt gewesen § 23 Z. 1 D. C. O., § 9 A. G.), so wäre das Resultat, daß die Concursmasse die vom Cridatar gezahlten

---

[3]) Hier und im Folgenden bezeichnet die Abkürzung D. C. O. die Concursordnung für das deutsche Reich, die Abkürzung A. G. dagegen das österreichische Gesetz vom 16. März 1884, Nr. 36 R. G. Bl., über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen. Von der Bezugnahme auf das deutsche Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 und auf den diesem Gesetze entsprechenden zweiten Abschnitt des österreichischen Anfechtungsgesetzes konnte abgesehen werden.

[4]) § 31 D. C. O. (zweiter Satz); § 25, al. 2 A. G.

Prämien zurückerhalten würde und von der Pflicht, Prämien zu zahlen enthoben wäre, aber der Dritte — vorausgesetzt, daß er bereits ein klagbares Recht hat[5]) — könnte von der Gesellschaft dessenungeachtet die Zahlung des versicherten Capitales (versteht sich nach dessen Fälligkeit) fordern und die Gesellschaft könnte den Ersatz ihres Schadens nur als Concursgläubigerin beanspruchen. Der Schaden besteht in der Verringerung der Reserve, also in dem Entgange der Prämien, nicht in der höheren oder geringeren Versicherungssumme, da deren Abweichung von dem Betrage der Reserve nur von der alea abhängt, deren Elimination Zweck des versicherungstechnischen Betriebes ist und die daher den Versicherungsnehmer in keinem Falle berühren kann.

II. Was die Anfechtung gegenüber dem Dritten (Begünstigten) betrifft, so ist zunächst hervorzuheben, daß dieser — obwohl sein Forderungsrecht als ein originäres behandelt wird (unmittelbar auf dem ursprünglichen Vertrage beruht) — in sachenrechtlicher Beziehung Rechtsnachfolger[6]) des Gegentheils sein kann. So wenn eine Schenkung mit fideicommissarischer Substitution erst angefochten wird, nachdem der Substitutionsfall eingetreten ist und der Begünstigte die geschenkte Sache vom Gegentheil erhalten hat oder wenn ein Kaufvertrag, in welchem zu Gunsten eines Dritten ein Wohnungsrecht stipulirt ist, angefochten wird nach Einräumung des Wohnungsrechtes an den Dritten. Dann gelten die allgemeinen Grundsätze des § 33 D. E. O., § 15 Z. 3 A. G.

In allen andern Fällen kann der gespaltene Vertrag selbst (der „Vertrag zu Gunsten des Dritten") gegenüber dem Dritten nicht angefochten werden. Denn das Verhältniß zwischen dem Beschwerten und dem Begünstigten liegt außerhalb dieses Vertrages (des Hauptgeschäftes), es ist das dem Gegentheile verborgene, selbständige Band, das die gespaltenen Parteirollen unter sich verknüpft. Dieses besondere Rechtsverhältniß ist, wie im § 32 gezeigt werden wird, von ganz anderer Natur als der mit dem Gegentheile geschlossene Vertrag. Während z. B. der Versicherungsvertrag — mag nun der Begünstigte beim Abschlusse desselben mit-

---

[5]) Der Cridatar ist bereits gestorben oder die Polizze ist ihm cedirt worden.

[6]) Oder „Rechtsnehmer", § 15 A. G.; Steinbach, Commentar, S. 91; Krasnopolski, S. 73, Note 2 und in Grünhut's Zeitschr. XV, S. 129. Bezüglich des Versicherungsvertrages vgl. Petersen und Kleinfeller, Concursordnung, S. 139, Note 2 und die daselbst bezogene, wohl verfehlte Entscheidung des O. L. G. Dresden vom 11. December 1884.

wirken oder nicht — stets ein entgeltlicher Vertrag ist, kann das Rechtsverhältniß zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Begünstigten ebensowohl ein entgeltliches als ein unentgeltliches sein, es kann sich dabei um Schenkung, Dosbestellung, Erfüllung gesetzmäßiger Alimentations- (Versorgungs-) Pflicht u. dgl., um negotiorum gestio, Mandat, Darlehen, Zahlung ꝛc. handeln. Nur ob dieses Geschäft, welches kein Versicherungsvertrag ist, anfechtbar sei, ist in jedem Falle zu untersuchen.

Wo sonst eine Mehrheit von Subjecten bei Verträgen auftritt, wird niemand die Richtigkeit einer derartigen Unterscheidung bezweifeln. Wenn eine Parteirolle unter mehrere Personen juristisch getheilt ist oder mehrere correal berechtigt und verpflichtet sind, wird die sinnlose Frage der Anfechtbarkeit des Hauptgeschäftes (etwa eines Kaufvertrages, eines Versicherungsvertrages ꝛc.) durch die Gläubiger des einen gegenüber dem andern Parteigenossen (also zwischen Käufer und Käufer, Versicherer und Versicherer) gar nicht aufgeworfen werden, vielmehr wird überall nur die Anfechtbarkeit des Grundgeschäftes (etwa Gesellschaft, Erbtheilung u. dgl.) als des einzigen zwischen diesen Personen bestehenden rechtlichen Bandes in Frage kommen und man wird sofort zugeben, daß die Anfechtung dieses Geschäftes den Hauptvertrag gar nicht berührt. Was ist aber die Spaltung anderes als eine der Theilung und der Correalität coordinirte Art der Betheiligung mehrerer Personen an einer und derselben Parteirolle?

Von der Anfechtbarkeit des Grundgeschäftes sollte nun erst im letzten Abschnitte dieser Abhandlung bei Betrachtung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beschwerten und dem Begünstigten die Rede sein. Der leichteren Uebersicht halber wird schon hier und im folgenden Paragraphen darauf eingegangen.

Da die Anfechtung des Grundgeschäftes das Hauptgeschäft nicht berührt, erleiden weder die Rechte noch die Verpflichtungen des Gegentheils irgend eine Modification. Nur auf die dem Begünstigten zufolge des Hauptgeschäftes vom Gegentheile zukommende Leistung beziehungsweise — vor der Erfüllung — auf das Forderungsrecht des Begünstigten können die Gläubiger des Beschwerten greifen, wenn sie das Grundgeschäft mit Erfolg angefochten haben. Aber die Gläubiger erhalten nicht immer soviel, als der Beschwerte dem Begünstigten indirect verschafft hat, also z. B. nicht eine die gezahlten Prämien übersteigende Versicherungssumme, sondern gemäß § 30 D. C. O., § 17 A. G. nur was durch die anfechtbare Handlung des Beschwerten aus dessen Vermögen weggegeben

wurde (also die Prämien)[7]) und in keinem Falle mehr als der dem Begünstigten zugegangene Vortheil (die Versicherungssumme) ausmacht, weil der Ueberschuß der Aufwendungen über diesen Vortheil auch nicht indirect in das Vermögen des Begünstigten geflossen, sondern in dem des Gegentheils endgiltig verblieben ist. Im übrigen kommt es für den Umfang der Verpflichtung des Begünstigten immer noch darauf an, ob sein Erwerb ein entgeltlicher oder ein unentgeltlicher war, weil er im letzteren Falle für das im guten Glauben Verzehrte oder Veräußerte nicht haftet, sondern nur (d. h. höchstens) die noch vorhandene Bereicherung herauszugeben hat. Somit steht unser Resultat, wenn auch mit verschiedener Begründung für die Frage der Haftung des Begünstigten beim Versicherungsvertrage mit den Resultaten Hartmann's, Vivante's und Tartufari's dem Wesen nach im Einklange, wodurch denn auch die theoretische Grundlage eine schöne Bestätigung empfängt.

§ 28. Fortsetzung. Besonderes bezüglich der Lebensversicherung. (Anhang: Die Querela inofficiosae donationis.)

Bereits bei der Darlegung der Meinungen Danz' und Vivante's traten die besonderen Schwierigkeiten hervor, welche bei der Lebensversicherung durch den Umstand geschaffen werden, daß der Rechtserwerb des Begünstigten nur selten sofort bei Abschluß des Vertrages eintritt; die Spaltung der Parteirollen ist gewöhnlich eine nachträgliche (vgl. oben § 19), die aber gleichwohl von vornherein in Aussicht genommen und vorbereitet ist.

Solange das Forderungsrecht aus dem Vertrage dem Versicherungsnehmer zusteht, bedürfen seine Gläubiger der Anfechtung nicht. Denn solange der Versicherungsnehmer die Polizze freiwillig veräußern und verpfänden kann, bildet sie ein Executionsobject für seine Gläubiger.[1]) Nur wenn der Versicherungsnehmer mittels eines besonderen Geschäftes dem gegenüber dem Versicherer noch nicht berechtigten Begünstigten (oder einem beliebigen Dritten) bereits einen Anspruch auf die Erlangung des Forderungsrechtes eingeräumt hat, kann eine Anfechtung dieses Geschäftes nothwendig werden, weil nämlich der Begünstigte sonst seinen Anspruch im Concurse des Versicherungsnehmers geltend machen könnte.

---

[7]) Entsch. des O. L. G. Darmstadt vom 21. März 1888, Seuffert's Archiv, XLVI, S. 78 ff.

[1]) Vgl. Entsch. d. österr. O. G. H. vom 14. October 1879, Z. 11.304, Slg. 8678.

Ist dem Dritten in Gemäßheit der Versicherungsbedingungen z. B. durch eine der Gesellschaft angezeigte Cession das Forderungsrecht auch gegenüber der Gesellschaft bereits verschafft worden, so sind die Gläubiger durchaus auf die Anfechtung des Uebertragungsactes (der Cession, ebenso der Verpfändung) angewiesen; die Anwendung der allgemeinen Regeln auf diesen Fall macht jedoch nicht die geringste Schwierigkeit. Für die Berechnung der in den Anfechtungsgesetzen bestimmten Fristen ist selbstverständlich der Zeitpunkt der Cession oder Verpfändung maßgebend. Der Erfolg der Anfechtung besteht darin, daß die Cession ꝛc. — nicht etwa der Versicherungsvertrag — den Gläubigern gegenüber unwirksam wird.

Die bloße Designation in der Polizze verschafft dem Begünstigten vor der Fälligkeit der Versicherungssumme kein Recht.[2]) Der Eintritt der Fälligkeit aber kann begreiflicherweise nicht als ein anfechtbarer Act angesehen werden und muß daher für die Berechnung der Anfechtungsfristen gleichgiltig sein.

Maßgebend ist, wie bereits gezeigt wurde, in jeder Beziehung das zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Begünstigten bestehende Rechtsverhältniß. Sollte z. B. die Zuwendung an den Begünstigten als eine unentgeltliche Verfügung nach § 25 Z. 1 D. E. O., § 3 Z. 1 A. G. angefochten werden, so ist in erster Linie darauf zu sehen, ob der Versicherungsnehmer nicht zu dieser Verfügung „durch das Gesetz verpflichtet war". Soll die Versicherung etwa der Tochter das anständige Heiratsgut (§ 1221 a. b. G. B.), dem ehelichen Sohne die Ausstattung (§ 1231 a. b. G. B.), dem unehelichen Kinde die angemessene Versorgung (§ 16 a. b. G. B.) verschaffen[3]), so kann sie auf Grund der bezogenen Gesetzesbestimmungen nicht angefochten werden. In andern Fällen kann der Begünstigte der Anfechtung durch den Nachweis begegnen, daß der Cridatar mit ihm schon vor mehr als einem Jahre (vor Eröffnung des Concurses) einen Schenkungsvertrag geschlossen habe, mit welchem sich derselbe verpflichtet habe, sich zu seinen Gunsten zu versichern und demgemäß die Prämien zu bezahlen, oder daß ihm der Cridatar schon vor jener Frist die Polizze schenkungsweise übergeben und sich zur Fortzahlung der Prämien verpflichtet habe.

---

[2]) Oben § 24.

[3]) Vgl. Steinbach, Commentar zu den Gesetzen vom 16. März 1884 ꝛc., S. 33 fg.; Krasnopolski, S. 48; Cosack, S. 150 ff.; v. Wilmowski, Reichsconcursordnung, S. 146; Hartmann, S. 128 fg.; Petersen und Kleinfeller, S. 133 u. A.

In sehr vielen Fällen wird sich jedoch ein besonderes, die Beziehungen zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Begünstigten regelndes Rechtsgeschäft nicht erweisen lassen. Was dann? Auf den ersten Blick könnte man geneigt sein zu sagen, der Versicherungsnehmer habe ohne Rechtsgrund für den Begünstigten Opfer gebracht und man könnte demgemäß die condictio sine causa zulassen. Diese Lösung wird bei manchen andern gespaltenen Verträgen die richtige sein; für die Lebensversicherung paßt sie nicht. Hier ist im Zweifel [4]), nach dem regelmäßigen Zwecke des ganzen Geschäftes — ähnlich wie bei den letztwilligen Verfügungen — Liberalität als Grundlage anzunehmen und daher das Rechtsverhältniß zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Begünstigten aus der Polizze selbst herauszulesen [5]) und als eine Schenkung zu construiren, bei welcher nach den bekannten Regeln der Verträge zu Gunsten Dritter eine Annahmeerklärung nicht nothwendig ist. Diese Schenkung aber kommt nach und nach zu Stande dadurch, daß

1. der Versicherungsnehmer den Begünstigten als solchen designirt,
2. die Designation bis zu seinem Tode nicht widerruft [6]),
3. die jährlichen Prämien bezahlt. [7])

Damit sind drei mögliche Angriffspunkte für die Anfechtung gegeben.

Gewiß kann die Designation angefochten werden, obwohl sie für sich allein unwirksam ist; denn damit wird auch den beiden andern Factoren der Boden entzogen und das Geschäft (nämlich die Schenkung, nicht der Versicherungsvertrag) in der Wurzel zerstört. Dann ist aber auch der Zeitpunkt der Designation zu berücksichtigen. Ist also die Designation vor mehr als 10 Jahren erfolgt, so entfällt jede Anfechtung der-

---

[4]) Aber auch nur im Zweifel. Anderer Meinung Hartmann, S. 149, der sogar die Versicherung zu Gunsten des Gläubigers als eine unentgeltliche Verfügung auffaßt, weil der Gläubiger kein erzwingbares Recht besitzt, für den Entgang an Ratenzahlungen schadlos gehalten zu werden. Danach wären alle Geschäfte unentgeltlich, auf deren Abschluß der andere Contrahent kein Recht gehabt hat.

[5]) Vgl. den ähnlichen Fall oben § 23, Note 11.

[6]) Analogie im gemeinen Rechte: Schenkung zwischen Ehegatten. Vgl. Windscheid, § 509, Note 31.

[7]) Die Zahlung der jährlichen Prämie ist nämlich regelmäßig facultativ, daher jede ganzjährige Zahlung als ein besonderes, den Vertrag aufrecht haltendes Rechtsgeschäft in Betracht kommt. Ist der Vertrag von vornherein für eine größere, z. B. für eine zehnjährige Versicherungsdauer geschlossen (was wohl nur bei der Unfallversicherung vorkommt), so entfällt für den entsprechenden Zeitraum die obige Bedingung.

selben[8]); ist sie vor mehr als einem Jahre[9]) erfolgt, so kann sie nun nicht mehr blos aus dem Grunde angefochten werden, weil sie (zusammen mit den beiden andern Factoren) eine unentgeltliche Verfügung darstellt ꝛc.

Wenn nun die Designation nicht mehr anfechtbar ist, wird die Frage wichtig, ob die Unterlassung des Widerrufes angefochten werden könne. Diese Frage ist nach österreichischem Rechte zweifellos zu verneinen; denn § 13 A. G. zählt die anfechtbaren Unterlassungen taxativ auf. Für das deutsche Recht kommt alles auf die noch immer streitige Frage an, ob dasselbe die Anfechtung von Unterlassungen gestatte. Die Motive zur Reichsconcursordnung sind bekanntlich dagegen.

So erübrigt denn in den weitaus meisten Fällen nur die Anfechtung der einzelnen Prämienzahlungen, welche dem Dritten gegenüber nicht als Zahlungen (Solutionsacte) im technischen Sinne[10]), sondern — im Zusammenhalte mit der nicht widerrufenen Designation — als Schenkungsacte in Betracht kommen. Die Anfechtung der Prämienzahlungen gegenüber dem Begünstigten[11]) setzt den Nachweis der gesetzlichen Voraussetzungen bezüglich jeder einzelnen Zahlung voraus. „Ciò s'intende," bemerkt Vivante[12]) richtig, „riflettendo che il pagamento del premio annuale è facoltativo pel debitore, e che ogni atto della sua volontà dev' essere dannoso e fraudolente per poter essere impugnato".[13]) Die englisch-amerikanischen Gesetzgebungen — die einzigen,

---

[8]) Immer vorausgesetzt, daß zur Zeit, da die Anfechtung geltend gemacht werden sollte, bereits alle Bedingungen verwirklicht sind, also der Versicherungsnehmer bereits gestorben ist und der Begünstigte das Recht erworben hat. Denn vorher bedarf es der Anfechtung gar nicht, die Designation ist so gut wie nicht vorhanden.

[9]) Bez. nach § 25 Z. 2 D. E. O. bei Versicherung zu Gunsten des Ehegatten: vor mehr als zwei Jahren.

[10]) Hier wird nämlich vorausgesetzt, daß der Versicherungsnehmer nicht bereits in einem Verpflichtungsverhältnisse zum Begünstigten steht, daß vielmehr nebst den Zahlungen kein anderer Thatbestand als die nicht widerrufene Designation vorliegt.

[11]) Ebenso wie ihre — übrigens ganz verschiedene — Anfechtung als eigentliche Zahlungen gegenüber der Versicherungsgesellschaft etwa nach § 23, Z. 2 D. E. O., § 6 A. G. — Die vielen Distinctionen, zu denen wir in dieser Materie genöthigt sind, finden ihren Grund nicht nur in dem zusammengesetzten Bau der zweigliedrigen Geschäfte, sondern auch in der Complicirtheit des positiven Anfechtungsrechtes.

[12]) Contratto, S. 219.

[13]) Zu welcher Verwirrung die Ignorirung des Spaltungsbegriffes führen kann, zeigt die abweichende Meinung Danz'. „Der Gemeinschuldner," bemerkt

die sich mit der Anfechtbarkeit der Lebensversicherungsverträge speciell befaßt haben — kennen durchwegs nur die Anfechtung der Prämienzahlungen.[14]) Obgleich nämlich nach englischem Rechte und nach den meisten (nicht allen) amerikanischen Gesetzen die Polizze regelmäßig zum Nachlasse des Versicherungsnehmers gehört, so daß die Nachlaßgläubiger direct auf die Versicherungssumme greifen können, tritt bei den privilegirten Versicherungen (zu Gunsten des Ehegatten und der Kinder) ausnahmsweise der Rechtserwerb des Begünstigten sofort bei Abschluß des Vertrages ein; das Forderungsrecht desselben ist unwiderruflich und ist kein Gegenstand der Zwangsvollstreckung für die Gläubiger des Versicherungsnehmers. Aber die Prämienzahlung bleibt in allen Fällen facultativ. Daher erscheint bei den privilegirten Versicherungen jede einzelne Prämienzahlung von Anfang an als ein unwiderruflich für den Begünstigten gebrachtes Opfer. Sind nun die Prämien in frauduloser Absicht gezahlt worden, so können die Gläubiger des Versicherungsnehmers aus der Versicherungssumme den Betrag der Prämien — nach einigen amerikanischen Rechten sammt Zinsen[15]) — beanspruchen. Es muß jedoch die Anfechtbarkeit jeder einzelnen Zahlung für sich nachgewiesen werden.

Welche Schwierigkeiten sich dabei ergeben, hat der Rechtsfall Webster's Policy Trusts gezeigt.[16]) Ein verschuldeter Agent, der sich im Januar 1892 entleibte, hatte bereits im Jahre 1874 eine Lebensversicherung auf 5000 £ zu Gunsten seiner Gattin genommen und zahlte hiefür jährlich 145 £ Prämie. Als nach seinem Tode die Versicherungssumme ausgezahlt werden sollte, erhoben die Nachlaßgläubiger auf Grund der Married-Women's-Property-Act Anspruch auf die Versicherungssumme, weil der Verstorbene bei Abschluß des Versicherungsvertrages und

---

dieser Schriftsteller S. 138, „erfüllte mit der Zahlung der Versicherungsprämien nur eine ihm gegenüber der Gesellschaft obliegende Verpflichtung; er zahlte die Versicherungsprämien, um seinen Versicherungsanspruch gegen die Gesellschaft zu erhalten, d. h. die Prämienzahlungen enthalten keine unentgeltliche Zuwendung (scil. an die Versicherungsgesellschaft), darum können sie nicht auf Grund von § 23, Nr. 1 K. O. vom Dritten zurückgefordert werden". Daß die Prämienzahlungen schließlich dem Dritten zu Gute kommen, der hiefür kein Entgelt leistet, wird übersehen. Vgl. dag. Heck, Archiv f. b. R., 4. Bd., S. 69.

[14]) Vgl. die Married women's property acts (oben § 8, Note 14) und die von Vivante, App., S. 358 ff., angeführten amerikanischen Gesetze.

[15]) Massachusetts, Kentucky, New-Hampshire, Vermont. Vivante, l. c. S. 360.

[16]) High Court of Justice, Chancery Division, 25. Juli 1892 (Review, 1892, Nr. 1045).

seither insolvent gewesen sei. Nun erlegte die Versicherungsgesellschaft den versicherten Betrag zu Gericht und es wurde aus den Büchern des Versicherungsnehmers mit gewaltigem Aufwande an Zeit und Kosten der Beweis erbracht, daß der Versicherungsnehmer thatsächlich von 1874 bis 1878 insolvent gewesen sei. Weiter wurden die Nachforschungen nicht fortgesetzt. Es kam zu einem Vergleiche, dem zufolge die Gläubiger die im Zeitraume von 1874 bis 1878 gezahlten Prämien aus der Versicherungssumme ersetzt erhielten, welche letztere also Dank der Schwierigkeit des Beweises zum größten Theile der Witwe erhalten blieb. Und dabei war noch nicht einmal der Beweis des subjectiven Thatbestandes unternommen worden!

Für das deutsche und österreichische Recht entfallen diese Schwierigkeiten zum Theile in Folge der vielfach sehr kurzen Präclusivfristen. Außerdem ist hier nach dem früher Gesagten zu unterscheiden, ob gegenüber dem Begünstigten die Designation oder nur die einzelnen Prämienzahlungen angefochten werden. Im ersteren Falle erlangen die Gläubiger vom Begünstigten — bis zum Belaufe der Versicherungssumme — alle gezahlten Prämien, eventuell sammt Zinsen, zurück und nur im zweiten Falle blos diejenigen Prämien, bezüglich welcher die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit besonders nachgewiesen werden.

Für die Anfechtung von gespaltenen Geschäften mit der querela inofficiosae donationis gelten im wesentlichen die gleichen Grundsätze.[17]) Es ist daher auch hier zu unterscheiden, ob die Querel gegen den Gegentheil oder gegen den Begünstigten gerichtet ist. Der erstere Fall kann nur eintreten, wenn das Hauptgeschäft (der gespaltene Vertrag) eine Schenkung oder ein negotium mixtum cum donatione ist. So wenn dem Gegentheile zum Nachtheile der Gläubiger z. B. ein Haus mit der Auflage geschenkt wurde, einem Dritten eine kleine Alimentation zu leisten. Wird dieses Geschäft angefochten, so bleibt das Recht des Begünstigten unberührt[18]) und der Gegentheil haftet nur für die Differenz zwischen dem Werthe des Geschenkes und der darauf gelegten Last. Die Anfechtung gegenüber dem Begünstigten trifft niemals das Hauptgeschäft und es

---

[17]) Vgl. Vivante, 3. Bd., S. 264; Tartufari, S. 352 fg. und 383 fg.; Laurent, S. 172 ff.

[18]) Auch als „Rechtsnehmer" haftet er nicht. Vgl. den Rechtsfall Slg., Nr. 13.066.

ist daher für diesen Fall gleichgiltig, ob dasselbe ein entgeltlicher Vertrag (wie z. B. die Lebensversicherung) ist oder nicht. Vielmehr greift die gegen den Begünstigten gerichtete Querel das außerhalb des Hauptgeschäftes liegende Rechtsverhältniß zwischen dem Beschwerten und Begünstigten an, und nur auf Wiedergewinnung desjenigen Vermögens ist sie gerichtet, welches vom Beschwerten verschenkt und dem Begünstigten geschenkt wurde, d. h. nur auf denjenigen Betrag, um welchen donandi causa das Vermögen des ersteren verringert und zugleich das des letzteren vermehrt wurde.[19]) Die Differenz die in das Vermögen des Gegentheils geflossen ist oder aus demselben entnommen wurde, kommt nicht in Betracht. Der mit einer Lebensversicherungspolizze Beschenkte hat also nie mehr als die Summe der gezahlten Prämien[20]), nie mehr als die Versicherungssumme und selbstverständlich nie mehr als zur Ergänzung des Pflichttheiles nach dem Gesetze nöthig ist, herauszuzahlen. Der geringste von den drei Beträgen entscheidet.

Dritter Abschnitt.

Das Rechtsverhältniß zwischen dem Begünstigten und dem Gegner.

§ 29. Allgemeines, insbesondere bezüglich der causa.

Eine weit verbreitete Auffassung läßt gleich einer stoff- und formlosen Erscheinung das Recht des Begünstigten hervorgehen aus dem schöpferischen Willen der Contrahenten. Wenigstens bei den Verträgen zu Gunsten Dritter — denn mit den gespaltenen Verträgen im allgemeinen beschäftigt sich ja unsere Literatur fast gar nicht — tritt dieses Recht fast

---

[19]) In der französischen Literatur haben alle drei möglichen Meinungen Vertreter gefunden: die Autoren lassen theils die geringere von beiden Summen, theils stets den Aufwand, theils endlich stets die Bereicherung entscheiden. Vgl. Laurent, S. 174 fg.; Laurent's eigene Argumente für die dritte Meinung entziehen sich als bloße Vermuthungen über die Absicht des Gesetzgebers jeder Widerlegung. Doch führt er auch eine Reihe von gerichtlichen Entscheidungen für seine Ansicht an. Die zweite Meinung scheint (für das französische Recht) zu billigen die Entsch. R. G. XXIV, Nr. 68, S. 339.

[20]) Liegt kein besonderer Schenkungsvertrag vor, so sind die einzelnen Prämienzahlungen — im Zusammenhalte mit der nicht widerrufenen Designation — als successive Schenkungen zu behandeln. (Windscheid, § 586, Note 6; Unger, System, 6. Bd., § 86, Note 6; Krainz, § 531, Note 6.) Die Schwierigkeiten, die sich überall gerade beim Lebensversicherungsvertrage ergeben, sind eine Consequenz des Satzes vom ursprünglichen, unmittelbaren Rechtserwerbe des Begünstigten, der, so wunderlich er ist, nun einmal zur Anerkennung gelangt ist.

immer wie ein Gebilde aus einer besseren Welt auf; vom Erdenstaub der wirthschaftlichen Interessen losgelöst, ein Kind der schrankenlos schaffenden Willkür der Contrahenten, trägt es keinen Zweck in sich, nach dem es wirken müßte und ist keiner Regel unterworfen, die es binden könnte. Ihm fehlt, was sonst den Rechten ihren eigenen Charakter aufprägt: die causa. Denn jenes „materiell individualisirte" rechtliche Band, das den Promittenten und den Promissar umschlingt, gilt nicht für stark genug, um auch noch den Begünstigten halten zu können, während von der andern causa, die das rechtliche Verhältniß zwischen dem Promissar und dem Begünstigten begründet und bestimmt, mit Recht abgesehen wird, wo nur das Verhältniß zwischen dem Begünstigten und dem Promittenten (Gegentheil) in Betracht kommt.[1]) Und doch wagt man nicht, das Recht des Begünstigten durchaus als ein abstractes[2]) zu behandeln. Dieses Recht bedarf nun einmal augenscheinlich der „materiellen Individualisation". Wenn der Gegentheil in Concurs geräth, in welcher Classe der Concursgläubiger hat der Begünstigte aufzutreten? Ist maßgebend die eine causa oder die andere oder wirklich keine? Und wenn dem Gegentheile Einrederechte nicht abgesprochen werden können, woher entnehmen sie ihren Stoff?

Diese und viele andere Fragen lösen sich von selbst, ja sie tauchen kaum auf, wenn der Gedanke der Parteirollenspaltung festgehalten wird, der die Verträge zu Gunsten Dritter ebenso wie die Verträge mit drei Contrahenten beherrscht.

Der gespaltene Vertrag hat nur eine einzige causa, die sowohl die Verpflichtungen des Beschwerten als auch die Rechte des Begünstigten bestimmt, denn beide gehören zusammen. Darum ist der Vertrag Kaufvertrag, Miethvertrag, Darlehen für alle Betheiligten, nicht etwa Kaufvertrag für den Beschwerten und abstracter Vertrag oder gar etwas anderes, z. B. Schenkungsvertrag, für den Begünstigten. Von dem internen Verhältnisse zwischen dem Beschwerten und dem Begünstigten hängt das Recht des Begünstigten, die versprochene Leistung von dem Gegentheile zu fordern, in keiner Weise ab. Nur ob der Begünstigte die Leistung einfach lucrirt, ob er sie dem Beschwerten herausgeben muß oder ob und

---

[1]) Vgl. Zimmermann, S. 81 (die Leistung des Promittenten an den Dritten — ein farb- und beziehungsloser Act) und dagegen Karlowa, Rechtsgeschäft, S. 74 ff.

[2]) „Der Gedanke," bemerkt Bähr (Civ. Archiv, S. 176), „daß der Hauptcontrahent für den Dritten ein „abstractes Forderungsrecht" erwerbe, ist für mich so wenig faßbar, daß ich demselben gegenüber verstumme."

welches Entgelt er diesem gewähren soll, das hängt von jenem internen Verhältnisse und seiner besonderen causa ab. Aber das sind Fragen, die den Gegentheil nichts angehen und außerhalb des gespaltenen Vertrages (des Hauptvertrages) liegen.

Darnach erscheint die Lösung der Formfrage nicht zweifelhaft. Mit Recht hat der deutsche Entwurf [3]) die Frage, „ob für das etwaige Erforderniß einer Form des Vertrages (§ 91) das Verhältniß unter den Vertragschließenden als allein maßgebend anzusehen, oder auch das Verhältniß zu dem Dritten, beziehungsweise die materielle causa der Zuwendung an ihn in Betracht komme" der Rechtswissenschaft überlassen. Martinius [4]), von der Ansicht ausgehend, daß die Wissenschaft schon zur Genüge mit Aufgaben bedacht sei, hat in seiner Kritik des Entwurfes die Frage mit Leichtigkeit gelöst, gleichwohl aber die Aufnahme der Lösung in den Entwurf in folgender Fassung vorgeschlagen:

„Versprechen der Leistung an einen Dritten bedürfen der Form, welche für den Fall vorgeschrieben ist, daß die Leistung dem andern selbst versprochen wird."

Uns kann nichts selbstverständlicher erscheinen. [5])

Ebenso klar ist, daß das Recht des Begünstigten — eben weil es das concrete Recht aus dem Vertrage ist, welches der Beschwerte haben würde, wenn die Leistung ihm selbst versprochen wäre, — mit allen Vorzügen und Nachtheilen ausgestattet ist, die diesem Rechte seiner Art nach zukommen. Die Kaufpreisforderung bleibt Kaufpreisforderung, auch wenn sie sich von der entsprechenden Verpflichtung losgelöst hat und die Darlehensforderung bleibt Darlehensforderung, auch wenn der Gläubiger nicht selbst der Darlehensgeber ist. [6]) Für den Fall der nachträglichen Rollenspaltung durch Cession bezweifelt dies niemand; es muß aber auch für die Fälle der ursprünglichen Spaltung gelten. Darnach versteht es sich von selbst, daß dem Begünstigten und nur dem Begünstigten nebst der Klage auf Erfüllung auch die allfällig begründeten Sicherstellungsansprüche, gesetzlichen Pfandrechte, Concursprivilegien, Ansprüche auf Verzögerungszinsen ꝛc. zukommen. [7])

---

[3]) Motive, 2. Bd., S. 270.

[4]) S. 597 fg.

[5]) Daß und warum im Falle des § 1019 a. b. G. B. etwas anderes gilt, wurde bereits oben § 16 gezeigt.

[6]) Vgl. oben § 18, Note 3.

[7]) Vgl. Tartufari, S. 107 fg. und 369.

Die Aufhebung des Vertrages[8]) kann jedoch der Begünstigte, als eine gemeinsame Angelegenheit, nur im Vereine mit dem Beschwerten herbeiführen, wenn anders die Verpflichtungen des letzteren beseitigt werden sollen.[9]) Denn auf ein vom Begünstigten allein erstrittenes Urtheil könnte sich der Beschwerte nicht berufen. Eine Klage freilich, vermöge welcher lediglich die berechtigende Seite der Obligation aufgehoben werden sollte, wird man dem Begünstigten nicht verwehren dürfen; aber welchen vernünftigen Zweck könnte eine solche Klage haben?

Die größte Bedeutung erlangt der Gedanke der Parteirollenspaltung für die Frage der Einreden. Hier bietet die Theorie gegenwärtig ein geradezu trostloses Schauspiel. Noch Gareis[10]) konnte, „principmäßig" sagen: „Dem Dritten kann der Promittent keine Einreden aus der Person des Promissars entgegensetzen." Und mit welcher Begründung! „Ein Mangel in der (nicht ausgesprochenen) Voraussetzung des Geschäftes zwischen Promittenten und Promittenten (lies: Promissar) kann dem Promittenten (lies: Dritten) deshalb nicht entgegengesetzt werden, weil das Recht des Dritten losgelöst ist von den Rechtsverhältnissen des Promissars. Denn wenn nicht die Wirkung des Geschäftes ausdrücklich von der causa abhängig erklärt wird, kann dem sich auf das Geschäft berufenden Berechtigten nur vom Standpunkte der verletzten bona fides aus eine Einrede wegen der causa entgegengesetzt werden; der Dritte aber setzt seine fides gar nicht in jenem Geschäfte ein; zwar ist sein Recht aus dem Vertrage keineswegs von aller causa losgelöst; aber die Voraussetzungen, welche für ihn oder gegen ihn in Betracht kommen, wurzeln außerhalb jenes Geschäftes des Promittenten und des Promissars."

Praktikabler als diese Meinung sind die Theorien der meisten übrigen Schriftsteller, ohne daß dieselben jedoch auf einer besseren Grundlage ruhen würden. Bähr[11]) gelangt zu dem richtigen Ergebnisse, alle Ein-

---

[8]) Tartufari, S. 368.

[9]) Vgl. jedoch oben § 25, Note 4.

[10]) S. 155 fg., 168, 241 ff., 283 fg.; Siegel (S. 148) scheint derselben Meinung zu sein; doch ist es möglich, daß er nur die Compensations- und Retentionseinreden im Auge hat, von welchen allein in den von Siegel, Note 11, citirten Protokollen der Dresdener Conferenz die Rede ist. Nach Lemayer, Gerichtszeitung, 1869, S. 344, soll nicht einmal die Willensunfähigkeit des Promissars dem Dritten schaden!

[11]) Urtheile, S. 86, Prakt. Archiv, S. 174 ff. Verwandt ist der Gedankengang Danz', S. 134, 141.

reden (außer der Compensationseinrede) zuzulassen, vermöge einer festen und wenigstens an diesem Punkte consequent verfolgten Grundanschauung, die wir freilich schon aus dem Grunde verwerfen müssen, weil sie sich auf das Gebiet der eigentlichen Verträge zu Gunsten Dritter beschränkt. Den andern fehlt zumeist jede Richtschnur und darum lassen sie alles auf den Willen der Contrahenten und die Umstände ankommen. Manche stellen gar keine Regel auf.[12]) Viele gelangen — aber nur auf dem beliebten Wege der generellen Willensauslegung — zu dem richtigen Resultate, die Einreden zuzulassen, wobei häufig noch eine ausdrückliche Einschränkung für den Fall nöthig erachtet wird, daß die Parteien etwas anderes vereinbart haben.[13])

Uns bietet der Gedanke der Parteirollenspaltung[14]) die Cynosur auch für die Lösung dieser Frage. Die causa des Rechtserwerbes des Begünstigten ist identisch mit der causa der Verpflichtung des Beschwerten oder — was dasselbe sagt — Recht und Pflicht des Gegentheils haben, obwohl gegen verschiedene Personen gerichtet, dieselbe causa.[15]) Damit gelangen wir zu der Regel, daß der Gegentheil dem Begünstigten

---

[12]) Stobbe, 3, S. 126; Regelsberger, Hdb., 2, S. 478.

[13]) Entw., I, § 416 (Motive, 2. Bd., S. 272 fg.) und (passender), II, § 286; Martinius, S. 602; Rüdiger, Lebensversicherungsvertrag, S. 276, 283, derselbe, Assec.-Jahrbuch, 1894, S. 108; Tartufari, S. 370 ff.; Vivante, 3. Bd., S. 256; Cohen, S. 55 fg. u. A.

[14]) Von diesem Gedanken geht bei Erörterung der Compensationseinrede Dernburg aus in den Pandekten, II, § 63, Note 10 („Es gibt Fälle, in denen aus einem synallagmatischen Contracte eine andere Person berechtigt als verpflichtet ist") und schon Compensation, 2. Aufl., S. 372 ff., wo von jener Verschiebung „durch besondere Constellation" die Rede ist, vermöge welcher eine andere Person aus dem Contracte berechtigt, eine andere verpflichtet ist. Seltsamer Weise macht auch Dernburg in der Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter von diesem Gedanken keinen Gebrauch. Vgl. die folgende Note.

[15]) Dies scheint auch die Meinung Karlowa's (Rechtsgeschäft, S. 75) zu sein, der sich allerdings sehr vorsichtig auf die Behauptung beschränkt, daß das Recht des Dritten „keineswegs jeden Zusammenhang mit der zwischen Promittenten und Promissar abgeschlossenen Causalberedung abgestreift hat". Karlowa gelangt denn auch in Ansehung der Einreden zu vollkommen richtigen Ergebnissen (S. 73 fg.), ebenso Dernburg (Pand., II, § 18, Note 11): „Der Dritte macht sein eigenes Recht aus dem Contracte geltend. Deshalb unterliegt er auch nicht den Compensationseinreden aus anderen Geschäften, die dem Stipulanten entgegenstünden. Aber er klagt aus dem Geschäfte. Er kann sich daher den Einreden aus demselben, z. B. der exceptio non adimpleti contractus, nicht entziehen." Vgl. auch Pand., II, § 63, Note 10.

alle Einreden entgegensetzen kann, die ihm zuständen, wenn der Vertrag nicht gespalten wäre.

Diese Regel kann für den Fall der nachträglichen Parteirollenspaltung durch Cession gar nicht bestritten werden, denn hier erscheint sie nur als Consequenz des Satzes nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Für die Fälle der ursprünglichen Parteirollenspaltung trifft dieser Grund nicht zu und in der That erscheint die angeführte Regel nicht für alle Einreden gleich evident: die „rechtsverfolgenden" Einreden geben hier zu ernsten Zweifeln Anlaß. Denn es mag immerhin fraglich erscheinen, ob dem Gegentheile gegenüber dem Begünstigten die einredeweise Geltendmachung solcher Rechte zugestanden werden kann, die ihm gegenüber dem Begünstigten nun einmal nicht zustehen.

§ 30. Die sogenannte exceptio non adimpleti contractus.

Ausgerüstet mit Gepräge der höchsten Billigkeit[1]), durch Anstand, Sitte, Sittlichkeit geheiligt und getragen von den unabweisbarsten Bedürfnissen des Güterverkehres begegnet uns schon frühzeitig im Obligationenrechte der Grundsatz, daß nur derjenige die Erfüllung des zweiseitig verbindenden Vertrages von seinem Gegner fordern dürfe, der zur Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit bereit ist. Nicht unbegründet erscheint daher die Meinung, welche die sogenannte exceptio non adimpleti contractus unmittelbar aus der die synallagmatischen Geschäfte beherrschenden bona fides herleitet und in ihr die Rüge eines in der Klage selbst liegenden dolus erblickt. Aber unbestreitbar ist auch, daß diese Begründung auf die Fälle nicht paßt, in welchen der Kläger aus dem Vertrage nicht verpflichtet ist, so vor allem nicht auf die Fälle der Parteirollenspaltung.[2])

Was darum bei andern Geschäften für selbstverständlich gelten mochte, mußte hier von vornherein zweifelhaft erscheinen und wenn sonst — wenn es schon einer Einrede bedurfte — die exceptio doli den Geklagten sicherte, mußte bei den gespaltenen Verträgen für ihn in besonderer Weise gesorgt werden.

Von hohem Interesse ist daher das Phänomen der Parteirollenspaltung für die Lehre von der geschichtlichen Entwicklung und von der

[1]) Es ist dieselbe „summa aequitas" wie in l. 1 D. quod quisque juris 2, 2 — das Princip der Retorsion.

[2]) Schlesinger, Unzulässigkeit der Beschlagnahme, S. 36. Auch Gareis (S. 243) hat wohl nur die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Auge, wenn er sich darauf beruft, daß der Dritte seine fides gar nicht im Geschäfte einsetze.

wahren Bedeutung der sogenannten exceptio non adimpleti contractus. Der neue Gesichtspunkt berechtigt uns, den heißen Boden der Controverse zu betreten und neuerlich die vielbesprochenen Quellenstellen zu erörtern.

Das römische Recht kennt die exceptio non adimpleti contractus nicht. Zu entscheiden, quid quemque cuique praestare oporteret, das ist bei den bonae fidei judicia nach dem bekannten Ausspruche des Qu. Mucius Sache des magnus judex. Nachdem einmal der Gedanke zum Durchbruche gelangt war, daß hier, wer vom Gegner Erfüllung fordere, zunächst selbst erfüllen müsse, bedurfte es keiner Einrede mehr. Wurde der Anspruch mittels einer actio stricti juris geltend gemacht — etwa auf Grund der bei Kaufverträgen üblichen Stipulationen — so mußte die allgemeine exceptio doli ausreichend erscheinen, die übrigens auch gegenüber der actio emti in den Quellen einmal [3]) erwähnt wird, trotz (oder gemäß) der Regel: doli exceptio bonae fidei iudiciis inest. Die Controversen, die sich an diese Einrede knüpfen, können hier übergangen werden. Bei gespaltenen Verträgen begegnen wir ihr nicht.

Der Kläger verstieß hier nicht gegen die bona fides, wenn er Erfüllung forderte ohne selbst die Gegenleistung zu erbringen, als wozu er ja nicht verpflichtet war, oder ohne die Erfüllung durch den Beschwerten abzuwarten, die ihn nun einmal nichts anging. Aber das Verkehrsbedürfniß drängte frühzeitig dazu, den Gegentheil zu schützen, und zwar zuerst bei Kaufverträgen über bewegliche Sachen. Wäre doch sonst der tägliche Kleinverkehr, an dem die Sclaven und die Hauskinder so lebhaften Antheil hatten, beinahe unmöglich geworden. [4]) Wer von einem Sclaven gekauft hatte, der hätte dem Herren zahlen müssen, während sein Anspruch auf die Waare von den Bedingungen und Grenzen der adjecticischen Klagen, die übrigens selbst zum Theile späten Ursprunges sind, abhängig und beschränkt gewesen wären. Minder schutzbedürftig war der Verkäufer, dem ja der bekannte Zwölftafelsatz half und dem vielleicht schon die älteste Zeit eine Art Retentionsrecht [5]) zuerkannte.

---

[3]) l. 5 C. de evictionibus 8, 44 (45). Keller, Jahrb. f. gem. Recht, 4. Bd., S. 348 fg.; Bernhöft, Dogm. Jahrb., 14. Bd., S. 194 ff.; André, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, S. 33 ff. und 59; Stintzing, Nondum est ex empto actio, S. 39 ff. u. A.

[4]) Vgl. hiezu Bernhöft, a. a. O. S. 202; Keller, a. a. O. S. 353 fg.

[5]) l. 13, § 8 D. de act. emti et venditi 19, 1; denkt man sich dieses Recht — „quasi pignus“ — als ein absolutes, so konnte es auch in den Fällen der Parteirollenspaltung nicht versagen. Vielleicht bedurfte es zu seiner Geltend-

Dem Käufer nun half der Prätor schon zu Beginn der Kaiserzeit (Alfenus) durch Gewährung von exceptiones in factum [6]) gegenüber der Klage des Begünstigten. Ueberliefert sind die exceptio mercis non traditae und die exceptio redhibitionis, und zwar beide nur in Quellenstellen, die mehr oder weniger deutlich sich auf Fälle der Parteirollenspaltung beziehen. Indeß wird neben der exceptio mercis non traditae, die sich nur auf bewegliche Sachen beziehen könnte [7]), auch eine exceptio rei (quae veniit) non traditae in Ansehung der für unbeweglich geltenden [8]) fructus pendentes erwähnt [9]), so daß es sehr zweifelhaft erscheinen muß, ob diese Exceptionen oder eine von ihnen überhaupt in irgend einer Fassung im Album proponirt (edictal) waren. [10]) Wenn Lenel [11]) dieselben im Edicte (nebst der exceptio pecuniae pensatae) unter eine Rubrik „Si ex contractibus argentariorum agatur" bringt, so verleitet ihn hiezu wohl ausschließlich Gajus in der gleich zu erörternden Stelle. Ich glaube, daß Lenel aus dieser Stelle nur ein für die Auslegung wichtiges, aber nicht gerade das wesentlichste Element des Thatbestandes herausgehoben hat.

Beschränkt man das Gebiet der exceptio mercis non traditae (sammt Anhang) an der Hand der Quellenstellen auf die Fälle der Parteirollenspaltung, so fällt helles Licht auf das von nur scheinbar wider-

---

machung gar keiner Einrede: „nondum est ex emto actio". Vgl. l. 57 pr. D. de aedil. ed. 21, 1. Es ist nicht selbstverständlich, daß für (oder vielmehr: gegen) die actio venditi genau dasselbe gelten muß. Vgl. Hofmann, Beiträge, S. 63 ff. Der Verkäufer wurde also vermuthlich früher und ausgiebiger als der Käufer geschützt. Das Gegentheil sucht Dernburg, Comp., 2. Aufl., S. 66 ff. zu erweisen.

[6]) l. 14 D. de exc. 44, 1.

[7]) l. 66 D. de V. S. 50, 16.

[8]) l. 44 D. de rei vind. 6, 1. Diese Stelle, sowie auch die in der vorigen Note citirte bezieht Lenel, Edictum, S. 401 fg., wohl mit Recht auf unsere Exceptionen. Möglich ist aber immerhin, daß es in der Formel, falls eine solche wirklich proponirt war, stets hieß res, quam (N. N.) emit (Gajus) oder res, quae veniit (Julian) und daß hiefür Paulus nur der Abkürzung halber das Wort merx an einer Stelle gebraucht, wo es ihm nicht darauf ankommt, an den Wortlaut der Formel zu erinnern.

[9]) l. 25 D. de a. e. v. 19, 1.

[10]) Abgesehen von dem schwankenden Wortlaut der Formel kommt auch die Thatsache in Betracht, daß Alfenus die exceptio redhibitionis ausdrücklich als in factum exceptio bezeichnet. Vgl. hierüber besonders Krüger, Exceptio doli, S. 18 fg.

[11]) A. a. O. Vgl. auch Dernburg, Pandekten, II, § 20, Note 3.

sprechenden Belegen so sehr verwirrte Problem der exceptio non adimpleti contractus. Denn nun erscheint uns diese Einrede in einem allerdings engen Bezirke als echte technische Einrede, deren Voraussetzungen vom Geklagten zu erweisen sind [12]), während sie außerhalb desselben entweder ganz verschwindet oder höchstens in besonderen Fällen [13]) an die exceptio doli generalis anknüpfen kann.

Die behauptete Einschränkung der exceptio mercis non traditae nebst der exceptio redhibitionis auf Fälle der Parteirollenspaltung ist nunmehr durch Erörterung der einschlägigen Quellenzeugnisse zu erweisen:

1. Gaius, Institut, IV, 126a: „Item si argentarius pretium rei, quae in auctione venierit, persequatur, obicitur ei exceptio ut ita demum emptor damnetur, si ei res, quam emerit, tradita est, et est justa exceptio etc." Das Wesentlichere ist hier nicht die Person, sondern das Geschäft, also die Auction und nicht der Argentarius [14]); die Auctionen aber sind diejenigen Geschäfte der Argentarien (und wohl auch andere Mittelspersonen), bei welchen der Fall der Spaltung der Verkäuferrolle, der Trennung von Recht und Pflicht, regelmäßig eintreten mußte. Der Argentarius war bei der freiwilligen Feilbietung der Cassier, er stipulirte den Kaufpreis, um ihn im Rechtswege einziehen und quittiren zu können. [15]) Aber er verpflichtete sich nicht, die versteigerte Sache zu übergeben oder

---

[12]) Es liegt offensichtlich kein Grund vor, in Ansehung der exceptio mercis non traditae, wenn ihre Anwendbarkeit auf Fälle der Parteirollenspaltung beschränkt wird, von der Regel abzugehen: in exceptionibus reum partibus actoris fungi debere. Die Schwierigkeit des Beweises wäre ja hier für den Kläger — weil es dabei auf ein Geschäft (Erfüllung) zwischen dem Geklagten und einer dritten Person ankäme — nicht geringer, sondern größer als für den Geklagten.

[13]) „Wenn der Beklagte Thatsachen vorbringt, welche sich als Ausnahmen von den normalen Verhältnissen darstellen." André, Einrede des nicht erfüllten Vertrages, S. 59.

[14]) Die Beziehung der Einrede speciell auf die Auctionen der Argentarien ist Lenel (S. 402, Note 4) nicht entgangen; unerfindlich ist jedoch, warum sich hieraus die ursprüngliche Beschränkung der Einrede auf bewegliche Sachen ergeben soll, da doch die Auctionen von Realitäten ebenfalls von Argentarien besorgt wurden und gewiß nicht minder wichtig waren.

[15]) Vgl. Cicero pro Caecina, VI, § 16. „Fundus (scil. Caesennii) addicitur Aebutio; pecuniam argentario promittit Aebutius." Auf derartige Stipulationen des Auctionators L. Caecilius Jucundus scheinen die im Jahre 1875 entdeckten pompejanischen Wachstafeln sich zu beziehen. Vgl. Stintzing, Nondum est etc., S. 17; anders Karlowa, Rechtsgeschichte, I, S. 803 fg.

gar für dieſelbe Gewähr zu leiſten. Die Pflichten aus dem Kaufvertrage trafen lediglich ſeinen Auftraggeber, den Beſitzer der verſteigerten Sache.[16]) Der Argentarius, der auf Grund der Stipulation[17]) den Kaufpreis einklagt, ohne die verſteigerte Sache zu übergeben, handelt daher nicht dolos. Soll er genöthigt werden, die Uebergabe derſelben (durch den auctor, d. i. den Beſchwerten) abzuwarten, ſoll alſo den Intereſſen des Erſtehers nach Billigkeit Rechnung getragen werden, ſo kann dies nur durch die Gewährung der in factum concipirten Einrede — si ei res, quam emerit, tradita est — geſchehen. Beachtenswerth iſt die unperſönliche Faſſung dieſer Einrede, durch welche ſie ſich ſcharf von der exceptio doli unterſcheidet und ihre Beſtimmung verräth, jeden Dritten zu treffen, der vor der Tradition der Sache den Kaufpreis einklagt.

2. L. 25 D. de act. e. et v. 19, 1 (Julian): „Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: Si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est. Caeterum post traditionem sive lectam uvam calcare sive mustum evehere prohibeatur, ad exhibendum vel iniuriarum agere poterit: quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur."

---

[16]) Dies auch dann, wenn der Argentarius im Namen desſelben eine Verbalobligation einging; vgl. die charakteriſtiſche Stelle bei Cicero, pro P. Quinctio, Cap. 5, § 19: „— non plus sua referre quam si, quum auctione venderet, domini jussu quidpiam promisisset." Daher bezeichnet Cicero in der oben citirten Rede, Cap. 10, § 27, den P. Caesennius als auctor fundi. Vgl. über das ganze Rechtsverhältniß Karlowa, Rechtsgeſchichte, II, S. 630 fg.

[17]) Die Nothwendigkeit der Stipulation (oder Expenſilation) wurde bereits oben § 21 nachgewieſen. Vgl. übrigens zur vorliegenden Stelle Keller in Becker und Muther's Jahrbüchern, IV, S. 347 f., Note 8. Die Einwendungen Bernhöft's, Dogm. Jahrb., 14, S. 191, es wäre „der Zweck der Novation gar nicht abzuſehen, da ja nach der Behauptung von Keller dieſelbe in keiner Weiſe rechtlich bedeutſam wäre", trifft die hier vertretene Auffaſſung des Rechtsverhältniſſes nicht, da ja der Auctionator u. E. ohne Stipulation (oder Expenſilation) gar kein Klagerecht hätte. Uebrigens wäre die exceptio mercis non traditae, auch wenn dem Argentarius die actio venditi zuſtände, nicht minder nothwendig; vgl. Czyhlarz, Inſtitutionen, S. 174, der ſich wie Bechmann, Kauf, 1. Bd., S. 570, die Einrede thatſächlich gegen eine actio venditi des Argentarius gerichtet denkt. Weſentlich iſt eben nur die Parteirollenſpaltung, vermöge welcher — gleichviel ob Novationsſtipulation vorliegt oder nicht — die Geltendmachung des Ausbleibens der Gegenleiſtung einen ganz beſonderen Charakter annimmt, insbeſondere dem ſonſt zutreffenden Geſichtspunkte der Verletzung der bona fides entrückt iſt.

In dieſer Stelle iſt auf den erſten Blick von einer Rollenſpaltung nichts zu bemerken. Der Venditor iſt es, der die Weinleſe (Tradition) hindert, und der gleichwohl den Kaufpreis einklagt. Aber zweierlei fällt ſofort auf. Einmal, daß die Stelle, nicht in erſter Linie der dem Käufer zuſtehenden actio emti[18]) gedenkt, da doch im Folgenden ſogar von der actio ad exhibendum und der actio iniurarium die Rede iſt. Dann daß die Klage, mit welcher der Kaufpreis gefordert wird, offenbar nicht die actio venditi, ſondern allem Anſcheine nach eine Stipulationsklage[19]) iſt, und daß Julian dies gewiſſermaßen als ſelbſtverſtändlich vorauszuſetzen ſcheint, da er es nicht ausdrücklich ſagt.

Man kann dies in zweifacher Weiſe erklären. Man kann ſagen: Die Stelle iſt aus dem Zuſammenhange geriſſen, vielleicht auch interpolirt. Aber man kann auch ſagen: Es handelt ſich hier um ein typiſches Geſchäft, das — für den Römer — einer Detaillirung des Thatbeſtandes nicht bedurfte. Ich glaube, man muß beides ſagen. Dann gelangt man leicht zu dem gewiß nicht unbefriedigenden und doch überraſchenden Reſultate, daß wir es bei Julian genau mit demſelben Falle zu thun haben, wie bei Gajus, ſo daß ſich beide Stellen auf das Schönſte unterſtützen.

Für den ordentlichen Landwirth war der Verkauf der hängenden Trauben nicht etwa ein gelegentliches Glücksgeſchäft, bei dem Leichtſinn oder Laune, Noth oder Zufall den Preis beſtimmte. Vielmehr war der Verkauf der vindemia pendens die regelmäßige Verwerthungsart der Weinfrucht und dabei bediente man ſich — wie auch ſonſt ſo häufig[20]) — der Geſchäftsform der Verſteigerung als des (im Alterthume) geeignetſten Mittels zur Erzielung des adäquaten Preiſes. Dies beweist vor allem das von Cato[21]) gegebene Formular für den Verkauf des hängenden Weines. „Hac lege," ſagt Cato, „vinum pendens venire oportet. Vinaceos inlutos et faecem relinquito etc." Das Formular ſchließt ſich enge an das von Cato im vorhergehenden Capitel für den Verkauf der olea pendens[22]) gegebene an. In beiden Fällen hat der Käufer

[18]) l. 40 D. eod.

[19]) Keller, S. 346; Bernhöft, S. 191; Bechmann, S. 573, Note 1; André, S. 32; Stintzing, S. 47; Schleſinger, S. 39. — Autoren, deren Anſichten im übrigen zum Theile weit auseinandergehen.

[20]) „Auctionem uti faciat" lautet eine der erſten Vorſchriften, die Cato, De agricultura, Cap. 2, dem Landmanne gibt.

[21]) l. c. Cap. 157.

[22]) Auch mit dieſem Geſchäfte haben ſich Julian (l. 39 D. de contrah. emt. 18, 1) und andere Juriſten (verb. „a plerisque responsum est" l. c.) befaßt.

auch dem Argentarius, der die Versteigerung vornimmt, eine Provision (1%) und dem dabei verwendeten Präco eine fixe Gebühr zu bezahlen.[23]) Ausführlich berichtet uns Plinius[24]) über die Art, wie er seine Trauben verwerthete. „Vendideram," sagt er, „vindemias certatim negotiatoribus ementibus" — was wieder nur auf eine Auction bezogen werden kann.

Darf man nun annehmen, daß Julian in unserer Stelle die übliche Versteigerung der vindemia pendens und Einziehung des Kaufpreises durch den Coactor auf Grund der Stipulation im Auge hat und voraussetzt, dann bedarf sie gar keiner weiteren Erklärung, denn der Fall deckt sich genau mit dem von Gaius behandelten; aber dann muß das „eum" vor „petentem pretium" entfallen oder durch „argentarium" oder dgl. ersetzt werden.[25]) Wäre der „petens pretium" eben der venditor

---

Diese Stelle erscheint gründlich verdorben. Liest man mit Brencmann statt „emtor petere potest" „ab emtore petere potest" oder mit Mommsen „eum petere posse" und nimmt man das usque ad decem (usque a decem?) in exclusivem Sinne (die 10 Pfund des Verkäufers als Ganzes gedacht), also usque ad = bis auf („ausgenommen", vgl. Plinius, epist. 2, 11: „omnes . . usque ad Pompeium"), so wird das Fragment vollkommen verständlich. Wenn beim Verkaufe der oliva pendens der Verkäufer sich — außer dem Kaufpreise — auch eine gewisse Quantität Oel in natura ausbedingt (wie allgemein üblich war, vergleiche das Catonische Formular und dazu Becker, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte, 3. Bd., S. 428), also z. B. 10 Pfund, so ist anzunehmen, daß der Kaufpreis nur von dem Ueberschusse — der dem Käufer bleibt — zu berechnen ist. Würden also z. B. 100 Pfund gelöst, so wären dem Verkäufer 10 Pfund in natura zu liefern und nur 90 Pfund zu bezahlen. Daraus folgt, daß, wenn nur 5 Pfund gelöst worden sind, der Verkäufer eben nur diese 5 Pfund und nicht etwa auch den Preis von 5 Pfund verlangen kann. Hält man an der Lesart der Florentina fest, so ist eine vollkommen befriedigende Erklärung der Stelle wohl ausgeschlossen. Vgl. Bechmann, Kauf, 2. Bd., S. 361, Note 5; Endemann, Grünhut's Zeitschr., 12. Bd., S. 353 fg.

[23]) Der Argentarius ist allerdings nicht als solcher genannt, es könnte auch eine andere Person als Versteigerer und Stipulator (domino aut cui iusserit promittito) gedacht werden. Vgl. Keil, Commentar zu Cato und Varro, Bd. II, Fasc. I, S. 157; Bechmann, Kauf, 1. Bd., S. 528, Note 5.

[24]) Epist. 8, 2.

[25]) Selbstverständlich nur soferne der ursprüngliche Wortlaut der Stelle bei Julian wieder hergestellt werden soll, der uns ja für unsere zunächst rein historische Betrachtung allein interessirt. Denn für uns ist die Frage nur, welche Bedeutung in der classischen Zeit der exceptio mercis non traditae zukam. Daß man nach Beseitigung des Formularprocesses diese mit der exceptio doli vermengen, ihr Anwendungsgebiet erweitern konnte ꝛc., ist ja begreiflich; kam es doch praktisch auf den Namen und die Fassung der Einrede nicht mehr an.

(dominus, auctor), dann würde die specielle exceptio, deren Wortlaut Julian gibt, überflüssig erscheinen.[26]) Denn auch gegenüber einer Stipulationsklage des Verkäufers hätte die allgemeine exceptio doli ausreichen müssen und es wäre nicht abzusehen, was Julian hätte veranlassen können, eine Sache, an der eigentlich nichts fraglich wäre, mit solchem Aufwande von Gründlichkeit zu entscheiden. Die hier ausgesprochene Vermuthung wird sehr an Gewicht gewinnen, wenn man sich überzeugt haben wird, daß auch die übrigen, noch zu erörternden Quellenstellen, die sich mit der exceptio mercis non traditae und mit der so eng verwandten exceptio redhibitionis befassen, in unzweifelhafter Weise Parteirollenspaltung voraussetzen.

Mit Sicherheit ist aus der Stelle zu entnehmen, daß die Einrede nur für den Fall der unterlassenen Tradition gegeben wurde; war die verkaufte Sache tradirt, so entfiel sie. Hatte der Käufer die Sache doch nicht erlangt, weil der Verkäufer sie zwar übergab, aber sodann gegen den Willen des Käufers die Wegführung hinderte, so mochte sich der Käufer helfen, wie er wollte. Er hatte ja (nebst der actio empti gegen den Verkäufer) auch die actio ad exhibendum oder injuriarum: quemadmodum, si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur. Die Haftung für habere licere, ging den Kläger, dem nur die exceptio rei non traditae entgegengesetzt wurde, nichts an.

3. l. 14. D. de exceptionibus 44, 1. (Alfenus): „Filiusfamilias peculiarem servum vendidit; pretium stipulatus est. Is homo redhibitus, (et) postea mortuus est: et pater eius pecuniam ab emtore petebat, quam filius stipulatus erat. Placuit aequum esse, in factum exceptionem eum objicere: Quod pecunia ob hominem illum expromissa est, qui redhibitus est.“ So dunkel die vorhergehende, so klar ist diese Stelle. Hier liegt der Fall der Parteirollenspaltung offen vor. Der Sohn hat einen zu seinem Peculium gehörigen Sclaven verkauft, der Vater, den ja im Principe keine Verpflichtung aus dem Kaufe trifft, klagt den stipulirten Kaufpreis ein. Wäre der Sclave noch nicht tradirt gewesen, so hätten wir auch hier den Fall der exceptio rei non traditae. Da die Tradition bereits stattgefunden hat und die exceptio in Folge dessen bei der nachgewiesenen wörtlichen Auslegung versagt hätte, mußte aus denselben Billigkeitsrück-

[26]) Oder man müßte unter venditor eben den Versteigerer, den Verkäufer „cui dominus hoc permisit“ verstehen; vgl. die sub 4 zu besprechende Stelle l. 5 D. de doli exc. 44, 4.

sichten durch eine andere exceptio in factum geholfen werden: die exceptio redhibitionis. Wieder richtet sich die exceptio gegen eine Stipulationsklage. Aber — anders als in den bisher betrachteten Fällen — hier ist die Stipulation nebensächlich, der Vater könnte auch die actio venditi anstrengen; nur daß dann freilich die exceptio anders lauten müßte und möglicher Weise sogar (wenigstens in späterer Zeit) entbehrlich erscheinen könnte. Für uns ist die Thatsache entscheidend, daß im vorliegenden Falle nicht mit der exceptio doli das Auslangen gefunden wird, wiewohl doch — wenigstens zur Zeit Alfenus' — noch die Maxime galt: „nicht ohne zwingenden Grund die allgemeine, aber edictale exceptio doli mit einer besonderen, aber nicht edictalen exceptio in factum zu vertauschen".[27]) Der zwingende Grund liegt eben in der Rollenspaltung, vermöge welcher der Kläger für die mangelhafte Erfüllung der Verpflichtungen ex vendito als für ein factum alienum nicht principiell verantwortlich gemacht werden kann, daher denn seine Forderung ungeachtet der Redhibition nicht gegen Treue und Glauben verstößt. Außerdem zeigt die Stelle, daß die exceptio redhibitionis schon zur Zeit des Alfenus nicht auf Contracte der Argentarien beschränkt war und wohl überhaupt mit dem Sonderrechte derselben nichts zu thun hat.

4. l. 5, § 4 D. de doli mali exc. 44, 4 (Paulus): „Si servus veniit ab eo, cui hoc dominus permisit, et redhibitus sit domino, agenti venditori de pretio exceptio opponitur redhibitionis, licet etiam is, qui vendidit, domino pretium solverit. Etiam mercis non traditae exceptione summovetur, et qui pecuniam domino jam solverit; et ideo is, qui vendidit, agit adversus dominum. Eandem causam esse Pedius ait ejus, qui negotium nostrum gerens vendidit." Hier begegnet uns neuerlich die exceptio redhibitionis, und zwar neben der mit ihr verglichenen exceptio mercis non traditae. Die Rollenspaltung ist in dieser Stelle deutlich genug vorausgesetzt: ein dominus, der aus dem Kaufe zur Uebergabe verpflichtet ist und an welchen redhibirt wird, einerseits und ein procurator in rem suam[28]), welcher den Kaufpreis fordert, anderseits.[29])

---

[27]) Krüger, Exc. doli, S. VI. Die exceptio redhibitionis war zur Zeit des Alfenus gewiß nicht edictal. Vgl. Krüger, a. a. O. S. 18 fg.

[28]) Kein institor; a. M. — wie es scheint — Buchka, S. 57, Note 7.

[29]) Mit Sicherheit läßt sich die Natur des Geschäftes und der Klage nicht bestimmen. Die Vermuthung Keller's, S. 347, daß auch hier auf Grund einer Stipulation geklagt werde, ist nicht unbedingt abzulehnen. Wenn wir es hier

Dieſem auf den Kaufpreis Berechtigten wird nun in Folge der Redhibition an den Dominus die exceptio redhibitionis entgegengeſetzt. Daraus, daß an den dominus redhibirt wird, folgt einfach daß der dominus Antheil an der Verkäuferrolle hat, alſo direct an dem Geſchäfte betheiligt und nicht blos Vormann des Klägers iſt, wie Stintzing irrthümlich annimmt.[30]) Denn Stintzing's Conſtruction, der zufolge in der unmittelbaren Redhibition an den Dominus nur eine negotiorum gestio für den Verkäufer liegen würde, iſt offenbar haltlos, zumal die Stelle ausdrücklich auf den Fall (licet etiam is, qui vendidit, domino pretium solverit) hinweist, in welchem dieſer Vorgang dem Käufer nur nachtheilig wäre und ihm eine Klage nicht erſparen, ſondern aufnöthigen würde. Nur das „Doppelt-Verhältniß zu dem venditor und dem hinter ihm ſtehenden dominus", von welchem Stintzing ſo gerne abſehen möchte, läßt uns die Nothwendigkeit eines ungewöhnlichen Auskunftsmittels — eben der exceptio redhibitionis — erkennen. Hätte der Kläger ſeinen eigenen Sclaven verkauft und ſodann ſelbſt zurückgenommen, ſo würde die Klage auf den Kaufpreis augenſcheinlich gegen die bona fides verſtoßen und wäre mindeſtens mit der exceptio doli ſicher abzuthun. Bemerkenswerth iſt die Berufung des Juriſten auf die Analogie der „mercis non traditae exceptio" im folgenden Satze. Man hat dieſen Satz dahin mißverſtanden, als hätte Paulus ſagen wollen: „es würde übrigens auch die exceptio mercis non traditae durchſchlagen."[31]) Von einer derartigen Concurrenz kann natürlich keine Rede ſein. Der zweite Satz betrifft vielmehr folgenden, noch einfacheren Fall: Der Kläger (Begünſtigte) hat dem B den Sclaven[32]) eines Dritten C (des Beſchwerten) in deſſen Namen und mit deſſen Ermächtigung verkauft, den Kaufpreis jedoch für ſich ſelbſt bedungen (ſtipulirt) und hiefür möglicher Weiſe den Dritten C bereits entſchädigt (licet domino pretium solverit). Der Dritte (Beſchwerte) C hat aber dem Käufer B den Sclaven trotzdem nicht tradirt. Wenn nun der Begünſtigte A gegen den Käufer B den Kaufpreis einklagt, ſo kann ihm dieſer die exceptio mercis non traditae entgegen-

---

wirklich mit einem geſpaltenen Vertrage zu thun haben, ſo muß uns vielmehr die Kaufpreisſtipulation nach dem oben (§ 21) Geſagten unerläßlich erſcheinen.

[30]) S. 43 fg.

[31]) André, S. 34.

[32]) Möglich auch, daß Paulus hier gar nicht an den concreten Kaufgegenſtand, insbeſondere nicht an den Kauf eines Sclaven denkt; vgl. l. 207 D. de V. S. 50, 16.

setzen, obwohl der Kläger A weder ihm (B) gegenüber, noch (in Folge der im voraus geleisteten Zahlung) gegenüber dem Dritten C zu einer Leistung verpflichtet erscheint, beziehungsweise seine Verpflichtung bereits erfüllt hat. Denn das interne Verhältniß zwischen dem Kläger A und den Dritten C geht den Geklagten B eben nichts an; es berechtigt den Kläger (Begünstigten) lediglich zur Klage gegen den Dritten: ideo is, qui vendidit, agit adversus dominum. Die Stelle faßt also die wichtigsten Grundsätze der Parteirollenspaltung in musterhaft präciser Weise zusammen; unserer Auffassung nach ist es nicht nothwendig, den Satz, welcher von der exceptio mercis non traditae spricht, mit Stintzing als „ganz unerklärlich" zu stigmatisiren und dem Verdachte der Einschiebung preiszugeben, oder — mit demselben Autor — den Passus, der das Verhältniß zwischen Verkäufer und dominus streift, als „völlig überflüssig" hinzustellen. Insoferne dürfte die hier vertheidigte Auslegung immerhin im Vortheile sein.

Weiter kann in die Lehre von der sogenannten exceptio non adimpleti contractus an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Wir begnügen uns mit folgenden Ergebnissen:

1. Wo bei ungespaltenen zweiseitigen Verträgen ein Theil die Gegenleistung fordert, ohne selbst zu leisten oder Leistung anzubieten, da widerstreitet die Klage der bona fides; sie ist entweder von vornherein unzulässig („nondum est ex empto actio") oder doch mit der gewöhnlichen doli exceptio (l. 5, C. de ev. 8, 45) zu pariren.

2. Bei gespaltenen Verträgen steht dem Geklagten, der vom Begünstigten bereits belangt wird, bevor der Beschwerte geleistet hat, eine besondere Einrede zu, deren Voraussetzungen nach der allgemeinen Regel von ihm zu beweisen sind. Diese Einrede, die wohl nicht edictal war, ist quellenmäßig nur für den Kaufvertrag und nur zu Gunsten des Käufers nachzuweisen. Es ist dies die exceptio mercis non traditae, neben welcher für den Fall, daß zwar geleistet, aber sodann redhibirt worden ist, eine besondere exceptio redhibitionis auftritt, welche gleichfalls bei ungespaltenen Geschäften überflüssig wäre.[33])

Im Hinblicke auf die erörterten Quellenstellen, kann auch für das heutige gemeine Recht der Satz aufgestellt werden, daß bei gespaltenen

---

[33]) Nicht zu verwechseln mit der exceptio redhibitionis ist die exceptio redhibitoria, welche allerdings auch bei ungespaltenen Geschäften vorkommen mochte. Ueber die Begründung dieser Einrede vgl. Stintzing, S. 39.

Geschäften dem Gegentheile (z. B. der Versicherungsgesellschaft) die sogenannte exceptio non adimpleti contractus gegenüber dem Begünstigten zustehe, wenn der Beschwerte (z. B. der Versicherungsnehmer) seine Verpflichtungen nicht erfüllt; diese Einrede erscheint jedoch bei den gespaltenen Geschäften — und wohl nur bei diesen — als eine wirkliche vom Geklagten zu erweisende exceptio.[34])

Die gleiche Unterscheidung wird sich schwerlich auch für das österreichische Recht vertheidigen lassen, da uns hier das Gesetz ganz im Stiche läßt. § 1052 a. b. G. B. bestimmt: „Wer auf die Uebergabe dringen will, muß seine Verbindlichkeit erfüllet haben, oder sie zu erfüllen bereit sein." Diese Regel paßt offenbar auf die gespaltenen Verträge nicht[35]); dennoch muß sie, bei Abgang jeder andern passenden Gesetzesbestimmung, analog angewendet werden.[36]) Der Grundsatz würde also für diese lauten: „Wenn der Begünstigte auf die Uebergabe dringen will, muß der Beschwerte seine Verbindlichkeit erfüllt haben oder sie zu erfüllen bereit sein." Bezüglich der Beweislast könnte kein Unterschied gemacht werden. Der Begünstigte müßte die Thatsache der Erfüllung durch den Beschwerten oder dessen Erfüllungsbereitschaft nachweisen.

§ 31. Andere Einreden des Gegners, insbesondere Compensation.

Die exceptio compensationis steht dem Gegentheile, der vom Begünstigten belangt wird, nur auf Grund von Forderungen gegen den Begünstigten, nicht auch auf Grund von Forderungen gegen den Beschwerten zu. Hierüber sind, in Ansehung der eigentlichen Verträge zu Gunsten

---

[34]) Selbstverständlich kommt hier nur der Fall der ursprünglichen Rollenspaltung in Betracht. Denn daß eine Cession die Lage des Geklagten nicht — durch Ueberwälzung der Beweislast — verschlimmern darf, ist gewiß. Vgl. Schmid, Cession, 2. Bd., S. 311 ff. und 395. An letzterer Stelle verwerthet Schmid in auffallender Weise gerade das sub 2 besprochene Julianus-Fragment, ohne sich über die Bedeutung desselben auszusprechen.

[35]) Dagegen ist die Bestimmung des § 1062 a. b. G. B. so gefaßt, daß sie auch auf den Fall der Spaltung ohneweiters bezogen werden kann: „Der Käufer hingegen ist verbunden, die Sache sogleich oder zur bedungenen Zeit zu übernehmen, zugleich aber auch das Kaufgeld bar abzuführen; widrigenfalls ist der Verkäufer ihm die Uebergabe der Sache zu verweigern berechtiget." Aber schon der folgende Paragraph zeigt, daß an den Fall der Spaltung nicht gedacht ist.

[36]) Anders, wie es scheint, die Motivirung der Entsch. des österr. O. G. H. vom 7. Jänner 1881, Z. 13.697, Slg. Nr. 8239. Vgl. Hasenöhrl, 2. Bd., S. 401, Note 4.

Dritter, alle Autoren, Bähr[1]) eingeschlossen, im Principe einer Meinung. Die schweizerische Gesetzgebung[2]) hat diese Regel sogar ausdrücklich sanctionirt (Obl.-Recht, Art. 135): „Wer sich zu Gunsten eines Dritten verpflichtet hat, kann diese Schuld nicht mit Forderungen, welche ihm gegen den anderen Theil zustehen, verrechnen."

Von diesem Grundsatze bestehen mehrfache Ausnahmen.

Vor allem gilt für den Gesellschaftsvertrag — wenigstens nach gemeinem Rechte — etwas Besonderes. Der Gesellschaftsvertrag ist, wie bereits erwähnt wurde, kein synallagmatischer Vertrag. Eine der exceptio mercis non traditae analoge Einrede kommt bei ihm nicht vor.[3]) Wenn gleichwohl Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrage sich von einander lösen und verschiedenen Subjecten zufallen, so hilft — in nothdürftiger Weise — die Compensationseinrede aus nach l. 9 D. de comp. 16, 2, welche den Fall der Spaltung kraft Gewaltverhältnisses regelt.[4]) Beim Gesellschaftsvertrage — und wohl nur bei diesem — konnte es vorkommen, daß dem klagenden Herrn eine Gegenforderung — ex eadem causa — gegen den Sclaven opponirt wurde, trotzdem die Obligation des Sclaven nur eine natürliche war. Darauf allein dürfte auch die vielbesprochene l. 6 D. eod. zu beziehen sein: „etiam quod natura debetur, venit in compensationem." Denn daß dieser Satz nicht als eine für alle Naturalobligationen geltende Regel anzusehen ist, wird beinahe allgemein anerkannt. Daß er nicht einmal für die Mehrzahl der Fälle zutreffen dürfte, läßt sich aus l. 14 D. eod. schließen. (Quaecumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt.) Für die Beschränkung des Satzes auf den Fall des in Folge des Gewaltverhältnisses gespaltenen Gesellschaftsvertrages spricht aber auch die Wahrnehmung, daß l. 9 cit. aus Paulus, lib. 32 ad Edictum und l. 6 cit. aus Ulpianus, lib. 30 ad Sabinum stammt. Nun handeln

---

[1]) Dogm. Jahrb., 6. Bd., S. 155; Urtheile, S. 86; Civ. Archiv, S. 175; Archiv f. d. R., 2. Bd., S. 101. Vgl. Gareis, S. 242; Regelsberger, Pdb., II, S. 478; Cohn, ebenda, III, S. 1031; Dernburg, Pand., II, § 18, Note 11; Tartufari, S. 376; Motive zum Entwurfe, 2. Bd., S. 273.

[2]) Nach dem Vorgange des Dresdener Entwurfes Art. 205 (212). Vgl. Siegel, Versprechen, S. 148, Note 11; Tartufari, S. 257.

[3]) Stintzing, Nondum est etc., S. 6.

[4]) Diese Stelle — nicht l. 20, § 2 de statulib. 40, 7 (Eisele, Comp., S. 330) — dürfte als der einzige unzweifelhafte Fall von Compensation mit einer Naturalobligation zu bezeichnen sein. Vgl. über l. 20, § 2 cit. Windscheid, Pand., § 288, Note 12.

sowohl l. 32 der Paulinischen, als lib. 30 der Ulpianischen Schrift ex professo vom Gesellschaftsvertrage und beide sind im Digestentitel pro socio stark benützt. Sollte das wohl Zufall sein?

Eine abweichende Meinung vertritt Dernburg, dem das große Verdienst zukommt, die vorliegende Frage nicht nur unter dem unrichtigen Gesichtspunkte der Verträge zu Gunsten Dritter[5]), sondern auch unter dem richtigen der Parteirollenspaltung[6]) erörtert zu haben. In seiner Monographie über die Compensation bespricht Dernburg die Zulässigkeit der Compensationseinrede für den Fall, „wenn durch eine besondere Constellation eine Verschiebung entsteht, so daß eine andere Person aus dem Contracte berechtigt, eine andere verpflichtet ist", d. h. eben — wie wir kürzer sagen — den Fall der Spaltung. Von der unerwiesenen und unhaltbaren Voraussetzung ausgehend, daß bei gleichartigen Gegenforderungen die Retention (vermöge der sogenannten exceptio non adimpleti contractus) überall in eine einfache Compensation aufgehe, lehrt Dernburg, daß die Compensation auch bei gespaltenen Geschäften zulässig sei, soweit sie eben nur „in dem objectiven gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnisse der Forderungen und in dem hiedurch bedingten Anspruch auf gegenseitige Leistung" wurzelt. Aber wenn es schon bei Rechtsverhältnissen zwischen zwei Subjecten bedenklich erscheinen muß, an die Stelle der blos aufschiebenden Retention von rechtswegen die endgiltig tilgende Compensation zu setzen, so erscheint dieser Gedanke bei Rechtsverhältnissen zwischen drei Personen durchaus unhaltbar. Bei jenen kann man immerhin sagen, es trete nur an die Stelle der „gegenseitigen Hemmung der Forderungen naturgemäß Compensation und dadurch kurzer Hand die beiderseitige Befriedigung". Aber bei diesen dem Gegentheile an Stelle der exceptio non adimpleti contractus die compensationsweise Geltendmachung von Forderungen an den Beschwerten gegenüber dem Begünstigten zu gestatten oder dem vom Gegentheile belangten Beschwerten zu erlauben, daß er die Forderung des Begünstigten zur Compensation verwende, das hieße fürwahr die Zahlung aus fremder Tasche an die Stelle der Zahlung aus eigener Tasche setzen. Naturgemäß zum mindesten wäre ein solcher Vorgang nicht.[7])

---

[5]) Pand. II, § 18, Note 21. Vgl. oben § 29, Note 15.

[6]) Compensation, 1. Aufl., S. 410 und besonders 2. Aufl., S. 373, Pand., II, § 63, Note 10. Vgl. oben § 29, Note 14.

[7]) Der beträchtliche Unterschied zwischen Compensation und Retention ex jure tertii ist den Römern keineswegs entgangen, wie der Schlußsatz l. 9 cit. zeigt,

Dernburg stützte seine Meinung in der ersten Auflage seiner Monographie ausschließlich auf l. 9 de comp., obgleich diese Quellenstelle, wie wir gesehen haben, nicht von den zweiseitigen Verträgen, sondern allein vom Gesellschaftsvertrage handelt, der doch zum mindesten nicht als Musterfall eines synallagmatischen Vertrages aufgefaßt werden darf. In der zweiten Auflage führt Dernburg auch ein interessantes modernes Beispiel der Parteirollenspaltung an: die Versicherung für fremde Rechnung.[8]) „Gläubiger der Versicherungssumme ist hier der Versicherte, Schuldner der Versicherungsprämie der Versicherungsnehmer. Es fallen also die Personen des Gläubigers und des Schuldners auseinander." Dennoch gesteht Dernburg dem Versicherer das Recht zu, die Forderung auf die Versicherungsprämie gegenüber dem Versicherten (d. i. dem Begünstigten) zur Compensation zu bringen, „weil die Schuld der Versicherungssumme objectiv in Relation zur Forderung der Prämie steht, oder um mit Paulus zu reden, quia unus contractus est". Aber diese Meinung ist gegenüber der ausdrücklichen Vorschrift des art. 895 H. G. B. (vgl. § 151 der allg. Seeversicherungsbedingungen) ganz unhaltbar. Das Richtige ist, daß der Versicherer seine Prämienforderung nur dann zur Compensation gegen den Versicherten verwenden kann, wenn die Haftung für die Prämien ausnahmsweise auch den Versicherten trifft[9]) oder wenn das Compensationsrecht vertragsmäßig vorbehalten war.[10])

---

der eine cautio de rato fordert, die bei einfacher Retention ganz überflüssig wäre. Noch weiter als Dernburg geht in der Generalisirung Eisele (Compensation, S. 297), indem er dem Grundsatze der subjectiven Gegenseitigkeit der Forderungen für den Fall der Compensation ex eadem causa jede Geltung abspricht. Für das österreichische Recht kommt die Möglichkeit einer Compensation ex jure tertii gar nicht in Frage (§ 1438 a. b. G. B.).

[8]) Comp., 2. Aufl., S. 375 fg.

[9]) Gemäß Art. 816 H. G. B. Vgl. Cohn in Endemann's Handbuch, 3. Bd., S. 1030, Note 42 und Reatz, daselbst, 4. Bd., S. 334, Note 8.

[10]) Dies ist bei Lebensversicherungen bezüglich der Prämienraten des letzten Versicherungsjahres üblich. So heißt es z. B. im § 32 des Geschäftsplanes der Berlinischen Lebens-Versicherungsgesellschaft: „Hiebei (nämlich bei Auszahlung der versicherten Summe) kommen die am letzten Hebungstermine fälligen Prämien, respective die noch nicht bezahlten Prämienraten des laufenden Versicherungsjahres, sowie Portokosten und sonstige Auslagen in Abrechnung." Daraus ergibt sich a contrario, daß die Gesellschaft sich nicht das Recht zuschreibt, ältere Prämienschulden compensando geltend zu machen, während ihr doch die exceptio non adimpleti contractus auch wegen älterer Rückstände nicht abgesprochen werden könnte. In dem vom R. O. H. G. Entsch., Bd. I, S. 107 ff. beurtheilten Falle lautete der

Endlich führt Dernburg für seine Meinung eine Entscheidung des Ober-Appellationsgerichtes zu Dresden vom 31. Dec. 1858[11]) an, welche sich auf den Frachtvertrag bezieht und welche allerdings Compensation und Einrede des nicht erfüllten Vertrages in unklarer Weise durcheinanderwirft. Aber die Schwierigkeit des Falles ist durch art. 405 des seither erlassenen Handelsgesetzbuches vollständig behoben. Da der Empfänger die durch den Frachtvertrag begründeten Ansprüche in eigenem Namen geltend macht, „sei es, daß er hiebei in eigenem oder in fremdem Interesse handle", so versteht es sich von selbst, daß er diese Ansprüche auch zur Compensation gegenüber der Forderung des Frachtführers verwenden kann.

Abgesehen von dem Gesellschaftsvertrage tritt eine wahre Ausnahme nur noch bei der durch Cession herbeigeführten nachträglichen Rollenspaltung[12]) ein, da durch die Cession die Lage des Gegentheils nicht verschlechtert werden soll.

Daß die Compensation mit Forderungen an den Beschwerten gegenüber dem Anspruche des Begünstigten, beziehungsweise mit Forderungen des Begünstigten gegenüber dem Anspruche des Gegentheiles kraft besonderer Vereinbarung zulässig sein kann, wurde bereits erwähnt.[13])

Einwendungen, welche die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Hauptvertrages[14]) geltend machen, schaden — erstere immer, letztere in der Regel — dem Begünstigten, auch wenn er beim Abschlusse des Vertrages nicht mitgewirkt hat. Dies ist herrschende Meinung und wird von Papinianus[15]) ausdrücklich bezeugt, wobei die exceptio S. C. Vellejani als Beispiel angeführt und der Fall der Litigiosität des verkauften Grundstückes oder der Freiheit des vermeintlichen Sclaven zur Vergleichung herangezogen wird: nec videtur deterior causa domini per servum fieri, sed nihil esse domino quaesitum. Diese Begründung trifft

---

Vorbehalt (§ 14, Abs. 2 der Versicherungsbedingungen): „Etwa rückständige Theile der Prämie des laufenden Versicherungsjahres werden seitens der Gesellschaft einbehalten." Das Reichsoberhandelsgericht ließ auf Grund dieser Clausel die Compensation gegenüber dem Begünstigten zu.

[11]) Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen. N. F. XVIII, S. 457—459 (auch in Zeitschr. für H. R., 3. Bd., S. 221).

[12]) Vgl. bezüglich der Cession Dernburg, Comp., 2. Aufl., S. 409 und § 1396 a. b. G. B.

[13]) Vgl. oben Note 10.

[14]) Nicht etwa des Grundgeschäftes zwischen dem Beschwerten und Begünstigten.

[15]) l. 27, § 1 D. ad S. C. Vellej. 16, 1.

offenbar nicht nur für die Poteſtasverhältniſſe, ſondern für alle Verträge zu Gunſten Dritter und für alle Fälle der Parteirollenſpaltung [16]) überhaupt zu.

Daher ſteht auch die exceptio doli dem Gegentheile ſelbſt dann zu, wenn nur der Beſchwerte oder nur der Begünſtigte beim Abſchluſſe des Contractes dolos vorgegangen iſt. Auch ſchadet das Wiſſen des einen dem andern, Nichtwiſſenden. Hat aber der Begünſtigte beim Abſchluſſe des Vertrages nicht mitgewirkt, ſo ſchadet ihm zwar der dolus oder die mala fides des Beſchwerten [17]), auf ſein eigenes Wiſſen oder Nichtwiſſen kommt es aber nicht an. Nachträglicher dolus des Beſchwerten [18]) kann dem Begünſtigten nicht ſchaden.

Die exceptio quod metus causa ſchadet als nach gemeinem Rechte in rem wirkend unter allen Umſtänden auch dem Begünſtigten. Die gleiche Regel gilt aber auch für das öſterreichiſche Recht. Denn der Beſchwerte iſt im Verhältniſſe zum Gegentheile nicht etwa ein Dritter im Sinne des § 875 a. b. G. B., ſondern „annehmender Theil" ebenſo wie (abgeſehen von den eigentlichen Verträgen zu Gunſten Dritter) der Begünſtigte. Dagegen könnte nach öſterreichiſchem Rechte der Beſchwerte einen auf ihn vom Begünſtigten ausgeübten Zwang gegenüber dem Gegentheile nicht geltend machen.

Die exceptio rei iudicatae ſteht dem Gegentheile, der im Proceſſe mit dem Beſchwerten unterlegen iſt, gegenüber dem Begünſtigten nicht zu. Der Begünſtigte kann ſich aber auch zu ſeinen Gunſten nicht auf das vom Beſchwerten erſiegte Urtheil berufen. [19]) Dies ergibt ſich aus den bekannten Schranken der Rechtskraft. [20])

---

[16]) Vgl. beſonders l. 7, § 7 D. de SC. Mac. 14, 6 (oben § 18, Note 3); Danz, Forderungsüberweiſung, S. 52 fg., Windſcheid, Vermögensleiſtung, S. 52 fg.

[17]) l. 16. § 3 D. de liberali causa 40, 12; l. 4, § 17 de exc. doli, 44, 4.

[18]) l. 4, § 17 cit. Für das weitere Verhalten des Beſchwerten iſt eben der Begünſtigte nicht verantwortlich; gerade darum konnte die exceptio mercis non traditae nicht durch eine exceptio doli erſetzt werden.

[19]) Tartufari, S. 376 ff.; Regelsberger a. a. O.

[20]) Eine Ausnahme tritt unter beſtimmten Vorausſetzungen ebenſo wie bezüglich der Compenſation und aus demſelben Grunde ein bei nachträglicher Spaltung durch Ceſſion. Vgl. Glück, Erläuterungen, 16. Bd., S. 418, Note 88.

Vierter Abschnitt.

Das Rechtsverhältniß zwischen dem Beschwerten und dem Begünstigten.

§ 32. Das Grundgeschäft und seine causa.

Wird ein Vertrag mit Parteirollenspaltung geschlossen, sei es nun als Vertrag zu Gunsten eines Dritten oder als Vertrag mit drei Contrahenten, so entsteht für die isolirende Betrachtung, die das Geschäft aus dem Zusammenhange der Verkehrsbeziehungen reißt, allemal der Schein einer Liberalität des Beschwerten gegenüber dem Begünstigten. Wie sehr man sich von diesem Scheine hat täuschen lassen, verräth im gewissen Sinne schon der Name der Verträge zu Gunsten Dritter und so manche einschlägige theoretische Erörterung. Bei jedem derartigen Geschäfte sehen wir den Begünstigten einen rechtlichen Vortheil — ein Recht oder eine Befreiung erlangen —, während es der Beschwerte ist, der um dieses Vortheiles willen eine Leistung an den Gegentheil erbringt oder eine Verpflichtung übernimmt oder endlich auf ein Recht verzichtet. In den meisten Fällen [1]) erscheint in Folge der Vertrages das Vermögen des Begünstigten erweitert, das des Beschwerten verringert, nur daß sich Zuwachs dort und Abgang hier nicht stets die Wage halten. Aus dem Vermögen des Beschwerten löst sich ein Theil los, um auf dem Umwege durch das Vermögen des Gegentheils in veränderter Gestalt einzuziehen in das Vermögen des Begünstigten. [2]) Aber dabei kann ein Stück im Vermögen des Gegentheils zurückbleiben oder umgekehrt ein Stück aus dem fremden Vermögen mit fortgerissen werden. [3])

Nur wo und soweit Leistung und Gegenleistung Aequivalente sind, kann man sagen, der Begünstigte habe die Leistung ganz oder theilweise

---

[1]) Nicht immer. Vgl. die von Karlowa, Rechtsgeschäft, S. 75 angeführten Fälle. Wenn z. B. der verkaufende Pfandgläubiger zu Gunsten des Verpfänders ein Wiedereinlösungsrecht vorbehält, so kann man darin nicht eine „Werthzuwendung" an den Verpfänder erblicken, „welcher die mannigfaltigsten causae zu Grunde liegen könnten". Uebrigens ist auch in Fällen dieser Art die Frage nach der internen causa nicht unberechtigt. Es kann ein spontaner Gefälligkeitsact vorliegen, es kann aber auch sein, daß sich der Pfandgläubiger zur Ausbedingung jenes Vorbehaltes von vorneherein verpflichtet hatte, etwa im Pfandvertrage oder durch Uebernahme eines Mandates ꝛc.

[2]) Vgl. Heck, Die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter eine Schenkung auf den Todesfall. Archiv f. b. R., 4. Bd., S. 54 (Uebertragung eines ökonomischen Werthes). Anders R. G. 29. Bd., S. 325.

[3]) Das übersieht Heck, a. a. O., S. 56 fg., 96, 105 ff.

indirect vom Beschwerten erhalten. Aber dann kann man auch sagen, der Beschwerte habe die Gegenleistung ganz oder theilweise indirect dem Begünstigten zugewendet [4]); beides ist nur relativ, nämlich nur insoferne richtig, als blos das Rechtsverhältniß zwischen dem Beschwerten und Begünstigten in Frage kommt, wo denn der Gegentheil als bloße Mittelsperson außer Betracht bleibt.

Die indirecte Vermögensleistung des Beschwerten an den Begünstigten muß eine concrete Causa haben, in der sich der Zweck dieser Leistung ausspricht und nach welcher auch ihre rechtliche Natur — die Erlaubtheit, die Möglichkeit der Zurückforderung, die Anfechtbarkeit ꝛc. — zu beurtheilen ist. Denn die Bereicherung des Begünstigten auf Kosten des Beschwerten ist nicht eine bloße Reflexwirkung des gespaltenen Vertrages, sie ist — vom Standpunkte der Parteigenossen (d. i. des Beschwerten und des Begünstigten) — sein eigentliches Motiv und sein Zweck. Gleichwohl ist es klar, daß das Verhältniß zwischen den Parteigenossen nicht bestimmt wird durch die causa des mit dem Gegentheile geschlossenen Hauptvertrages, daß es vielmehr eine besondere, ihm eigenthümliche causa besitzt. Die erstere causa ist für das interne Verhältniß gar nicht vorhanden, da für dasselbe die Leistung und die Gegenleistung des Hauptvertrages eben nur als abstracte Vollzugsleistungen in Betracht kommen, während umgekehrt die besondere interne causa für den Hauptvertrag nicht existirt. [5])

Der Versicherungsvertrag z. B. besteht (im Falle der Spaltung) einerseits zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer, ander-

[4]) Es ist ganz willkürlich, wenn als Gegenstand der Zuwendung nur die eine oder andere Leistung, also z. B. beim Versicherungsvertrage nur die Leistung der Prämien (Gareis) oder nur die Versicherungssumme (Laurent) angesehen wird. Vgl. oben §§ 26 und 28, Note 19.

[5]) Unrichtig ist daher die Meinung Laurent's, daß der Vertrag zu Gunsten Dritter zugleich auch einen Vertrag zwischen dem Promissar und dem Begünstigten enthalte. Danach hätte der Vertrag zwei Causen. Dagegen scheint man bei der zweiten Lesung des deutschen Entwurfes gerade die für den Gegentheil allein maßgebende, einzige Causa des Hauptvertrages (des „Versprechens der Leistung an einen Dritten") ganz übersehen zu haben. Es wurde bemerkt, das Versprechen zu Gunsten eines Dritten habe seinen Rechtsgrund in dem Verhältnisse des Versprechensempfängers zum Dritten. Nach diesem Verhältnisse soll also wohl gemäß § 280, Abs. 2 des revidirten Entwurfes die Frage beurtheilt werden, ob das Recht des Dritten sofort oder unter gewissen Voraussetzungen entstehe, ob dasselbe von den Contrahenten abgeändert werden kann ꝛc. Der Gegentheil müßte demnach jedesmal Erkundigungen über die zwischen dem Promissar und dem Dritten bestehenden rechtlichen Beziehungen einholen.

seits zwischen dem Versicherer und dem Begünstigten, aber zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Begünstigten besteht kein Versicherungsvertrag, sondern möglicherweise ein Schenkungsvertrag, ein Mandatsvertrag, ein Darlehensvertrag, vielleicht auch gar kein Vertrag. Es ist daher durchaus unrichtig, wenn gelehrt wird, die Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten sei eine Geschäftsführung ohne Auftrag, oder sie sei eine Schenkung, etwa eine Schenkung auf den Todesfall [6]) oder etwas Aehnliches. Das ist die Lebensversicherung nie. Sie ist stets und für jeden Betheiligten ein entgeltliches Geschäft, und zwar eben nur ein Lebensversicherungsvertrag und sonst nichts. Man könnte höchstens die Behauptung aufstellen, zugleich mit jeder Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten müsse auch ein gewisses zweites Geschäft, z. B. ein Schenkungsvertrag, abgeschlossen werden, oder es sei der Bestand eines solchen zweiten Geschäftes zu präsumiren oder zu fingiren.

Das Hauptgeschäft, das mit dem Gegentheile geschlossen wird, und das interne Grundgeschäft zwischen dem Beschwerten und dem Begünstigten [7]) regeln verschiedene rechtliche Beziehungen, haben verschiedene Causen und sind verschiedenen Rechtsnormen unterworfen.

Seltene Ausnahmen abgerechnet, von welchen im folgenden Paragraphen die Rede sein wird, sind beide Geschäfte von einander unabhängig.

---

[6]) Mit Recht weist Heck, a. a. O., S. 47 im allgemeinen die Versuche zurück, aus dem Wesen der Lebensversicherung überhaupt die Rechtsstellung des Dritten zu bestimmen. Gleichwohl stellt er (S. 23) den Satz auf, daß die Zuwendung der Versicherungssumme als Schenkung auf den Todesfall behandelt werden müsse, wenn und soweit sie widerruflich sei. Allein woran soll die Widerruflichkeit erkannt werden? Die durch den Versicherungsvertrag selbst gegebene Möglichkeit des Widerrufes mit für den Versicherer verbindlicher Wirkung kann dem Begünstigten gegenüber, soferne nur das interne Verhältniß in Frage kommt, nicht entscheiden. Denn gegenüber dem Begünstigten kann der Widerruf unzulässig sein, obgleich er gegenüber dem Versicherer möglich ist (vgl. den Rechtsfall unten Note 11 und R. G., 29. Bd., S. 348 fg., oben § 6, Note 16) und er kann umgekehrt gegenüber dem Begünstigten zulässig sein, obgleich er gegenüber dem Versicherer nicht direct ausführbar ist — letzteres z. B., wenn eine Schenkung auf den Todesfall durch Cession einer Polizze vollzogen wird. Da Heck zwischen Grundgeschäft und Hauptgeschäft nicht unterscheidet, läßt er sogar die Frage, ob der Begünstigte bei Lebzeiten des Versicherungsnehmers ein Recht gegen die Versicherungsgesellschaft erlange, von Vorgängen abhängen, die sich zwischen dem Begünstigten und dem Versicherungsnehmer ohne Theilnahme der Gesellschaft vollziehen. (S. 71 ff.)

[7]) Vgl. hierüber besonders Tartufari, S. 379 ff. Zum Theile unrichtig sind die einschlägigen Ausführungen Laurent's, S. 168 ff.

Das Grundgeschäft kann Schenkung sein. Dann kann es, etwa wegen Nichterfüllung der Formvorschriften ganz oder theilweise ungiltig sein, es kann wegen Undankes ꝛc. widerrufen werden[8]) ꝛc. Der Hauptvertrag, welcher beispielsweise ein Kaufvertrag sein mag, wird dadurch nicht berührt; er kann nur wegen der in ihm selbst liegenden Mängel, also z. B. wegen laesio enormis, angefochten werden.[9]) Selbst wenn das Grundgeschäft ein unerlaubter Vertrag ist, z. B. Bestechung eines Beamten, bleibt das Hauptgeschäft giltig und nur sein Erfolg wird durch die Unerlaubtheit des Grundgeschäftes alterirt, so daß z. B. in dem angeführten Falle die aus dem Hauptgeschäfte resultirende, giltige und klagbare Forderung des Begünstigten (nach österreichischem Rechte) dem Armenfonde zufallen würde.

Das Verhältniß zwischen dem Grund- und dem Hauptgeschäft kann ein dreifaches sein. Entweder das Grundgeschäft wird zuerst abgeschlossen und dann erst zur Erfüllung der aus demselben entspringenden Verpflichtung des Beschwerten gegenüber dem Begünstigten, also solvendi causa, das Hauptgeschäft.[10]) Oder das Hauptgeschäft wird aus freien Stücken geschlossen und zugleich oder hinterher die interne Beziehung zwischen den Parteigenossen geregelt. Dann erscheint das Hauptgeschäft, je nachdem zufolge dieser Regelung der Beschwerte vom Begünstigten eine Gegenleistung zu fordern hat oder nicht, regelmäßig entweder donandi causa oder obligandi causa abgeschlossen. Das Hauptgeschäft ist

---

[8]) Vgl. die Entsch. R. G., 28. Bd., S. 182.

[9]) Vgl. Danz, Forderungsüberweisung, S. 55 f.; Windscheid, Indirecte Vermögensleistung, S. 14 ff. Für das gemeine Recht macht die „seltsame Vorschrift" der l. 21 D. de don. 39, 5 betreffend die rescissoria in id, quod supra legis modum tibi promisit Schwierigkeiten; vgl. darüber Windscheid a. a. O. Die analoge Anwendung dieser Vorschrift auf Fälle anderweitiger Mangelhaftigkeit der „Grundleistung" ist wohl ausgeschlossen. Ueber l. 5, § 3 D. de donat. i. v. e. u. 24, 1 vgl. unten § 33.

[10]) Entweder ist direct der Abschluß des Hauptgeschäftes versprochen — Beispiel in der folgenden Note — oder es ist die Leistung versprochen, die durch das Hauptgeschäft dem Begünstigten verschafft wird. Beispiele: Si quis insulam faciendam promiserit aut conduxerit, deinde ab aliquo insulam stipulatori fieri stipulatus sit, oder: si quis, cum promisisset Titio fundum Maevium daturum . . . stipulatus a Maevio fuerit, fundum Titio datum iri oder: si quis id locaverit faciendum, quod ipse conduxerit (l. 38, § 21 D. de V. O.) Selbstverständlich passen diese Beispiele nur, wenn man voraussetzt, daß der Begünstigte gegen den Subunternehmer ꝛc. ein Recht erlange, was nach römischem Rechte bekanntlich eine besondere Stipulation des Begünstigten erforderte.

also vom Standpunkte des Grundgeschäftes aus betrachtet ein farbloser Act, wie Tradition, Cession u. dgl., und es empfängt seine causale Bedeutung von diesem Standpunkte aus erst durch das Grundgeschäft.

Im ersten der genannten drei Fälle kann der Begünstigte möglicherweise den Beschwerten auf Abschluß des Hauptvertrages, im zweiten und dritten unter Umständen wenigstens auf Aufrechthaltung desselben belangen. Alles das hängt von der Beschaffenheit des Grundgeschäftes ab. [11])

Daß das Anfechtungsrecht der Gläubiger und der Notherben des Beschwerten, so ferne es sich gegen den Begünstigten kehrt, gar nicht gegen das Hauptgeschäft, sondern ausschließlich gegen das Grundgeschäft gerichtet ist, wurde bereits nachgewiesen.

Es ist klar, daß auch die Collationspflicht des Begünstigten nur nach dem Grundgeschäfte zu beurtheilen ist, was in der Praxis oft genug übersehen wird. Ist z. B. nur für eines von mehreren Kindern ein Heiratsgut versichert worden, so hat dasselbe jedenfalls die ihm zukommende Versicherungssumme, soweit sie der Summe der gezahlten Prämien ohne Zinsen entspricht, daher eventuell nur diese letztere Summe zu conferiren. [12]) Wo bei Gutsabtretungen dem Uebernehmer die Zahlung von Abfindungen an erbberechtigte Angehörige auferlegt wird, ist die Anrechnung auf den Erbtheil selbstverständlich, oft auch ausdrücklich bedungen. Daß nicht blos directe Zuwendungen Gegenstand der Collationspflicht sind, ergibt sich übrigens für das österreichische Recht [13]) aus § 788 a. b. G. B. (Bezahlung von Schulden eines großjährigen Kindes).

So wichtig die Feststellung des internen Rechtsverhältnisses zwischen den Parteigenossen ist, so schwierig ist sie zuweilen. Es sind im allgemeinen zwei Fälle möglich: entweder es liegt ein Grundgeschäft vor oder nicht. In jedem dieser Fälle eröffnen sich wieder, wie sofort gezeigt werden

---

[11]) So hatte im Falle der Entsch. des O. G. H. vom 25. September 1878, Z. 10.723, Slg. 7156 ein Ehemann gelegentlich der Trennung der Ehe mit seiner Gattin ein gerichtliches Uebereinkommen geschlossen, demzufolge sie die Erziehung und Verpflegung des aus der Ehe entsprossenen Kindes übernahm, während er selbst sich verpflichtete, zu Gunsten des Kindes eine Aussteuer- und eine Todesfallversicherung zu nehmen. Er kam dieser Verpflichtung nach, blieb jedoch mit den Prämien im Rückstande. Die Frau klagte nun auf Zahlung der Prämien (die Entscheidung betrifft bloß das Executionsverfahren).

[12]) Vgl. Kohler, Archiv f. b. R., 2. Bd., S. 246; A. M. Heck, a. a. O, S. 96 und Laurent, S. 169 ff., wohl auch Tartufari, S. 383.

[13]) Vgl. A. L. R. II, 2, § 395.

wird, zwei Möglichkeiten, so daß wir im ganzen vier Eventualitäten in's Auge zu fassen haben.

1. Der einfachste Fall ist dieser. Außer dem Hauptvertrage ist auch ein besonderer selbständiger Grundvertrag geschlossen worden; so z. B. in dem Note 11 erwähnten Falle ein Versicherungsvertrag und daneben ein gerichtlicher Vergleich. Hier entstehen keine Schwierigkeiten. Der Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse entspricht die Getrenntheit der dieselben regelnden Rechtsgeschäfte.

2. Die andere Eventualität ist die, daß das Grundgeschäft in das Hauptgeschäft selbst aufgenommen ist; derselbe Vertrag regelt scheinbar die Beziehungen aller Betheiligten. In Wahrheit liegen zwei Verträge vor, die nur in ihrer äußeren Erscheinung — etwa wie testamenta simultanea — vereinigt sind. Oft ist die Zweckbestimmung der indirecten Leistung im Hauptvertrage nur durch ein Wort angedeutet, z. B. wenn es heißt, der Gegentheil solle die Leistung (den Kaufpreis, die Versicherungssumme ꝛc.) dem Begünstigten als Heiratsgut geben. Das wird im Zweifel genügen. Oft fehlt jede Andeutung. Dann wird zumeist ein stillschweigend abgeschlossenes Grundgeschäft anzunehmen sein, für dessen Feststellung der Inhalt des Hauptvertrages nur als eine unter mehreren concludenten Thatsachen in Betracht kommt. Die Parteien pflegen eine ausdrückliche Vereinbarung zu unterlassen, wenn der Zweck der Zuwendung nach dem Inhalte des Hauptvertrages und nach ihren sonstigen Verhältnissen ohnehin klar wird. Zumeist wird es sich dabei nur um die Frage handeln, ob der Beschwerte auf Ersatz seines Aufwandes seitens des Begünstigten rechnen durfte oder nicht; davon wird es abhängen, ob man Mandat (eventuell negotiorum gestio) oder Schenkung anzunehmen habe; eine Präsumtion kann nach keiner Richtung hin aufgestellt werden. Andere Rechtsgeschäfte können wegen ihres complicirteren Thatbestandes nur unter besonderen Voraussetzungen (z. B. wenn der Beschwerte Schuldner des Begünstigten ist) in Frage kommen. [14])

3. Es kann aber auch sein, daß weder ausdrücklich, noch stillschweigend ein Vertrag zwischen dem Beschwerten und dem Begünstigten

---

[14]) So unterscheidet auch Paulus in l. 11 D. de dot. prael. 33, 4 blos, ob Quintus Mucius (der Begünstigte, qui nihil numerasset, sed dotem stipulatus est etc.) mandante Seja (d. i. die Beschwerte), non donationis causa stipulatus est oder ob donationis causa Seja stipulari permisisset. Der Unterschied zwischen dem gespaltenen Hauptgeschäfte (Dosbestellung in Verbindung mit Stipulation) und dem internen Geschäfte (Mandat oder Schenkung) tritt hier deutlich hervor.

zu Stande gekommen ist, daß jedoch ihre Beziehungen auf vertragsähnlicher oder auf anderweitiger gesetzlicher Grundlage beruhen. Der wichtige Fall der negotiorum gestio, den man wiederholt — im Bereiche der Verträge zu Gunsten Dritter — für den einzig möglichen gehalten hat, wurde eben erwähnt. In den antiquirten Fällen der gesetzlichen Parteirollenspaltung bedurfte es gleichfalls keines Vertrages zwischen dem Beschwerten und dem Begünstigten. Ihre Beziehungen waren durch den gesetzlich festgestellten Umfang der potestas normirt.

4. Endlich kann es an einer den Erwerb rechtfertigenden Beziehung zwischen den Parteigenossen vollständig fehlen; eine solche wurde vielleicht nur irrthümlich vorausgesetzt oder der Zweck der indirecten Leistung ist ein unerlaubter ꝛc. Dann erwirbt zwar der Begünstigte gleichwohl sein Forderungsrecht gegen den Gegentheil, aber der Beschwerte kann ihm die Bereicherung, soweit sie aus seinem Vermögen stammt, wieder abnehmen, insoferne die Voraussetzungen für die bezüglichen Condictionen gegeben sind.

§ 33. Ausnahmsweise Bedeutung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beschwerten und dem Begünstigten für den Gegentheil.

Wenn gesagt wurde, daß die Mängel des Grundgeschäftes das Hauptgeschäft nicht berühren, so ist damit nur eine natürliche Consequenz der Selbständigkeit beider Geschäfte ausgesprochen worden, aber kein logisches Axiom, das die Gesetzgebung hindern könnte, contra rationem juris den Einfluß gewisser Mängel aus legislativ-politischen Gründen auf das Hauptgeschäft zu erstrecken. Freilich werden dadurch bedeutende Schwierigkeiten geschaffen, da dem Gegentheil die Einzelheiten des Grundgeschäftes zumeist nicht leicht zugänglich sind.

Eine verwandte Erscheinung bietet uns nach gemeinem Rechte die Cession, deren Wirkungen durch die lex Anastasiana zum Theile von dem Grundgeschäfte (Forderungskauf) abhängig gemacht wurden. Nach römischem Rechte mußte der procurator in rem suam sogar stets die causa der Cession anführen und noch heutzutage besteht, auch wo keine der lex Anastasiana analoge Vorschrift gilt, die alte Gewohnheit der Valutaclausel in Cessionsurkunden.

Bei der Delegation erlangt nach gemeinem Rechte das Grundgeschäft Bedeutung für den Delegaten, wenn es sich als Schenkung zwischen Ehegatten darstellt. L. 5, § 3 D. de don. i. v. e. u. 24, 1: Si debitor viri pecuniam iussu mariti uxori promiserit, nihil agitur. Nach

der ratio legis und der exceptionellen Schärfe, mit welcher die Nichtigkeit der Schenkung zwischen Ehegatten im römischen Rechte durchgeführt [1]) und selbst auf die dinglichen Vollzugsgeschäfte erstreckt wird, muß die Regel der l. 5, § 3 cit. auf alle Fälle der Parteirollenspaltung analog angewendet werden. [2]) Die bona fides ist jedoch im Sinne der l. 39, D. eod. überall zu schützen.

Für das österreichische Recht besteht diese Ausnahme nicht.

Eine andere ganz eigenthümliche Ausnahme bietet die Seeversicherung für fremde Rechnung. Dieselbe ist nämlich nach Art. 786 H. G. B. „für den Versicherer nur dann verbindlich, wenn entweder der Versicherungsnehmer zur Eingehung derselben von dem Versicherten beauftragt war, oder wenn der Mangel eines solchen Auftrages von dem Versicherungsnehmer bei dem Abschlusse des Vertrages dem Versicherer angezeigt wird". Dabei ist im Auge zu behalten, daß der Versicherungsnehmer nicht etwa ein Stellvertreter des dritten Interessenten ist; er contrahirt durchaus im eigenen Namen. Gleichwohl machen besondere versicherungstechnische Rücksichten die theilweise Aufdeckung der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherten nöthig.

Diese Ausnahme ist die einzige, deren Geltung auch für das österreichische Recht [3]) zu behaupten ist.

Bekanntlich entbehrt in Oesterreich das Privatseerecht jeder gesetzlichen Regelung. Das Gewohnheitsrecht hält die Bestimmungen des früher in den österreichischen Hafenstädten in Kraft gestandenen lombardisch-venetianischen Handelsgesetzbuches aufrecht, das die Versicherung für fremde Rechnung

---

[1]) Vgl. l. 5, § 2 D. eod.: Generaliter tenendum est, quod inter ipsos aut qui ad eos pertinent aut per interpositas personas donationis causa agatur non valere.

[2]) Vgl. Danz a. a. O, S. 56 ff. und 135; Windscheid a. a. O., S. 17 ff. Die Versicherung auf den Todesfall des Gatten ist jedoch, auch wenn ihr eine Schenkung zu Grunde liegt, schon deswegen giltig, quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt. l. 10. D. de don. i. v. e. u. 24, 1. Mit Unrecht spricht hier Danz (S. 141, Note 1) von Convalescenz. Abgesehen davon ist zu erwägen, daß der Ehemann durch die Versicherung zu Gunsten seiner Frau regelmäßig nur eine natürliche Verpflichtung erfüllt. Vgl. Windscheid, Pand. § 289, Note 10; A. M. Danz, S. 140, Note 6.

[3]) Eine andere Ausnahme statuirt das sächsische b. G. B., § 1162: Der zu Gunsten des Ehegatten bedungene Auszug fällt bei Nichtigerklärung (Anfechtung, Scheidung, Trennung) der Ehe ipso jure an den Auszugsbesteller. Diese Singularität ist wegen der Offenkundigkeit des ehelichen Verhältnisses unbedenklich.

gestattet, darüber aber keine weitere Normen gibt. [4]) Allein die Allgemeinen Seeversicherungsbedingungen erklären (Art. 47) ausdrücklich die Bestimmungen des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches als subsidiäre Rechtsquelle und haben außerdem den angeführten Rechtssatz des Art. 786 fast wörtlich übernommen (Art. 8). Neben den Allgemeinen Versicherungsbedingungen bestehen die an das französisch-italienische Recht anknüpfenden Platzusancen fort. Indessen ist auch diesen eine allerdings beschränktere Anzeigepflicht geläufig. So bestimmt die Triester Waarenpolizze (Art. 7): „Colui che fa assicurare per semplice ordine, senza essere speditore o ricevitore della merce e senza avere alcun interesse nella medesima, deve farne dichiarazione, e quando l'assicurazione sia fatta per conto od ordine del Capitano o quando il Capitano vi abbia un interesse, dovrà esserne fatta speciale dichiarazione. Le dichiarazione volute dal presente . . . articulo devono farsi sotto pena di nullità dell' assicurazione." [5])

Diese Ausnahme nun ist von ganz anderer Art als die früher erwähnte bezüglich der donatio inter virum et uxorem. Es handelt sich hier nicht darum, dem internen Rechtsverhältnisse zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherten irgend einen Einfluß auf den Hauptvertrag zu sichern. [6]) Vielmehr kommt dieses Verhältniß nur deswegen in Betracht, weil es für die Abschätzung der Gefahr, insbesondere auch für die Beurtheilung des sogenannten subjectiven Risicos von Bedeutung sein kann. Nicht der Mangel des Auftrages an sich, sondern nur die Verschweigung dieses Mangels macht — sowie gewisse andere Verschweigungen — das Geschäft relativ nichtig.

---

[4]) Vgl. Locella, Oesterr. Privatseerecht, Gerichtszeitung 1854, S. 13 und 22 ff.

[5]) Vgl. auch Andersen, Seeversicherung, S. 16. Fast gleichlautend: Art. 7 der italienischen Polizze. Darüber Vivante, 2. Bd., S. 104, Note 2, 107. Note 3.

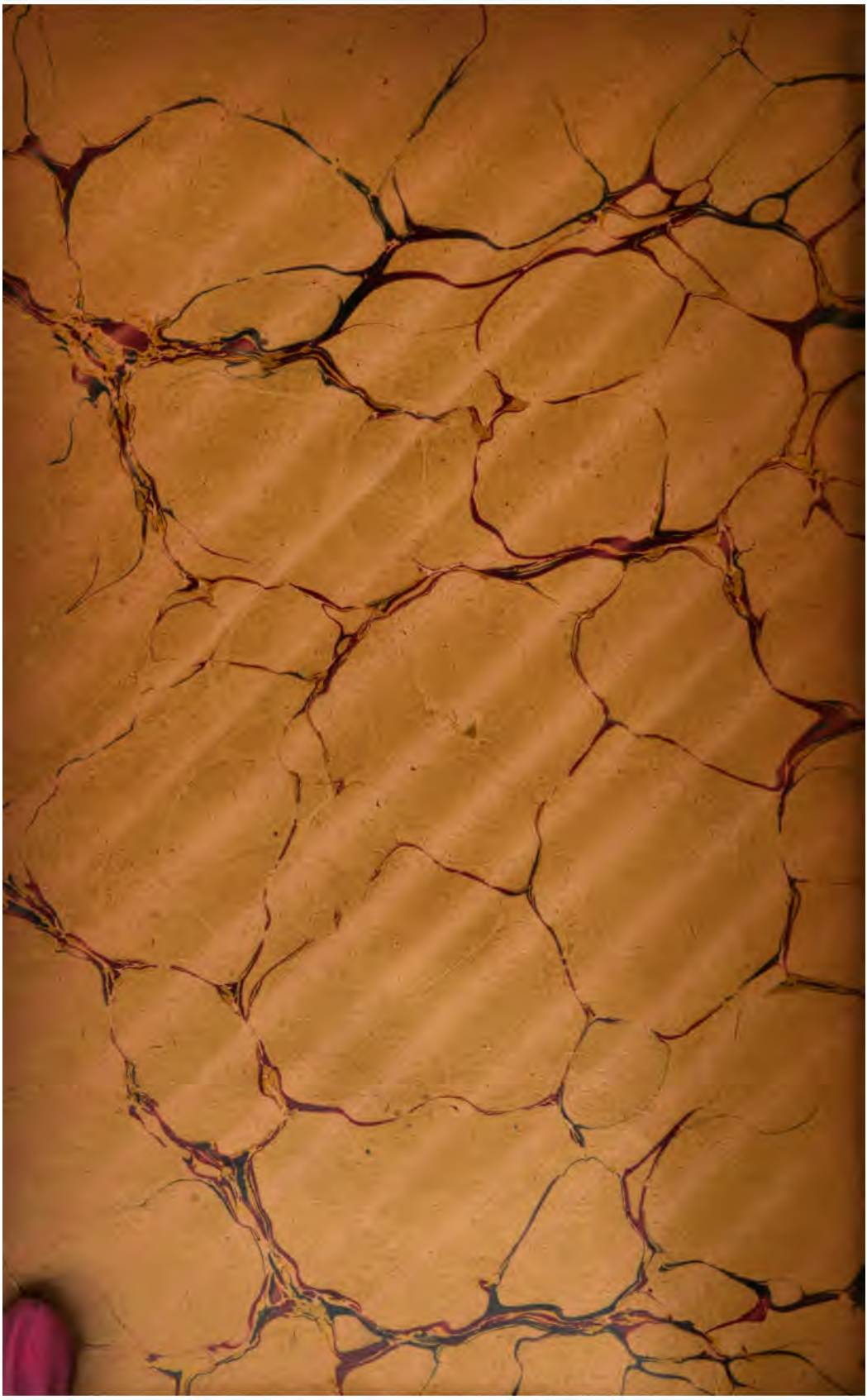
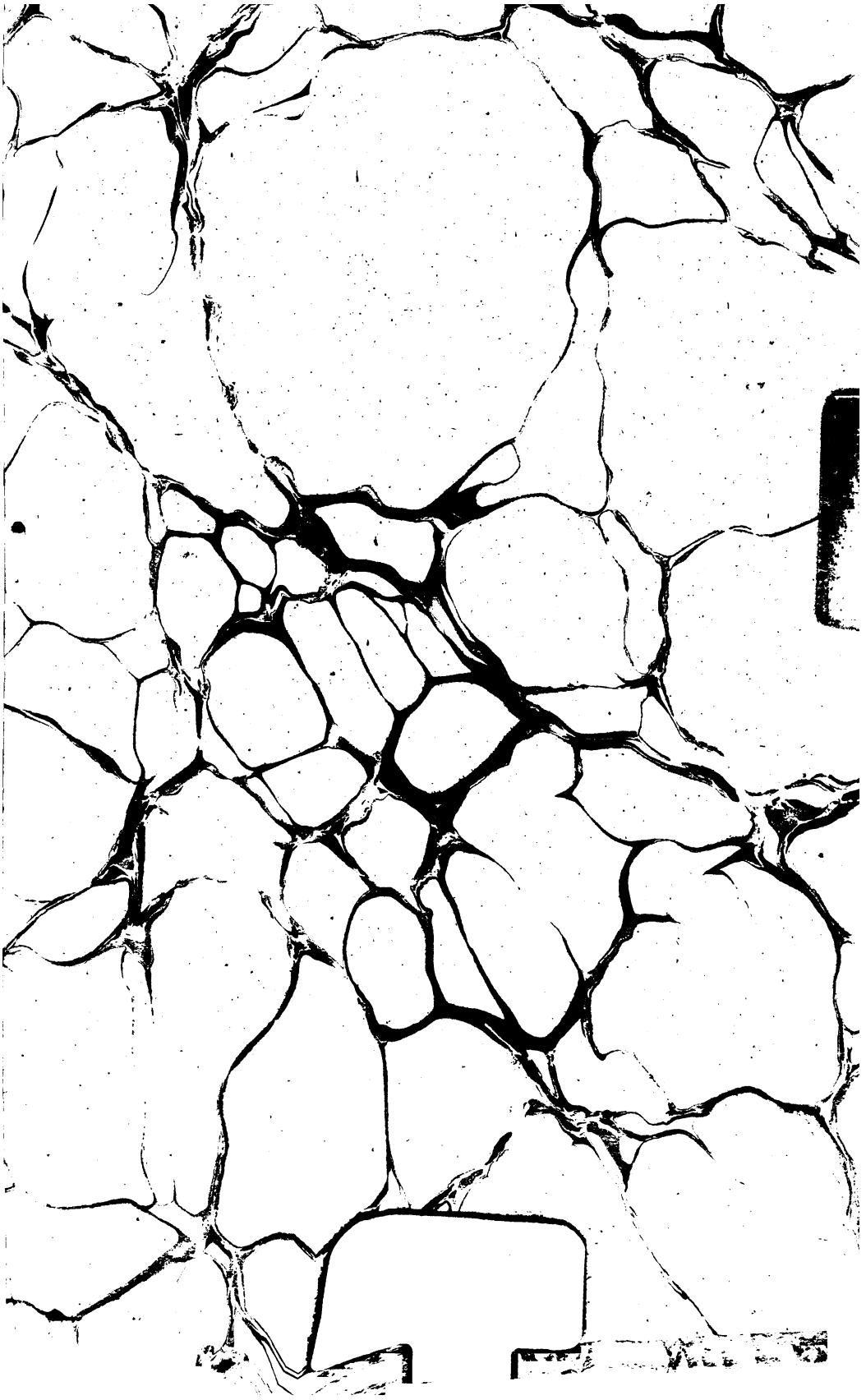
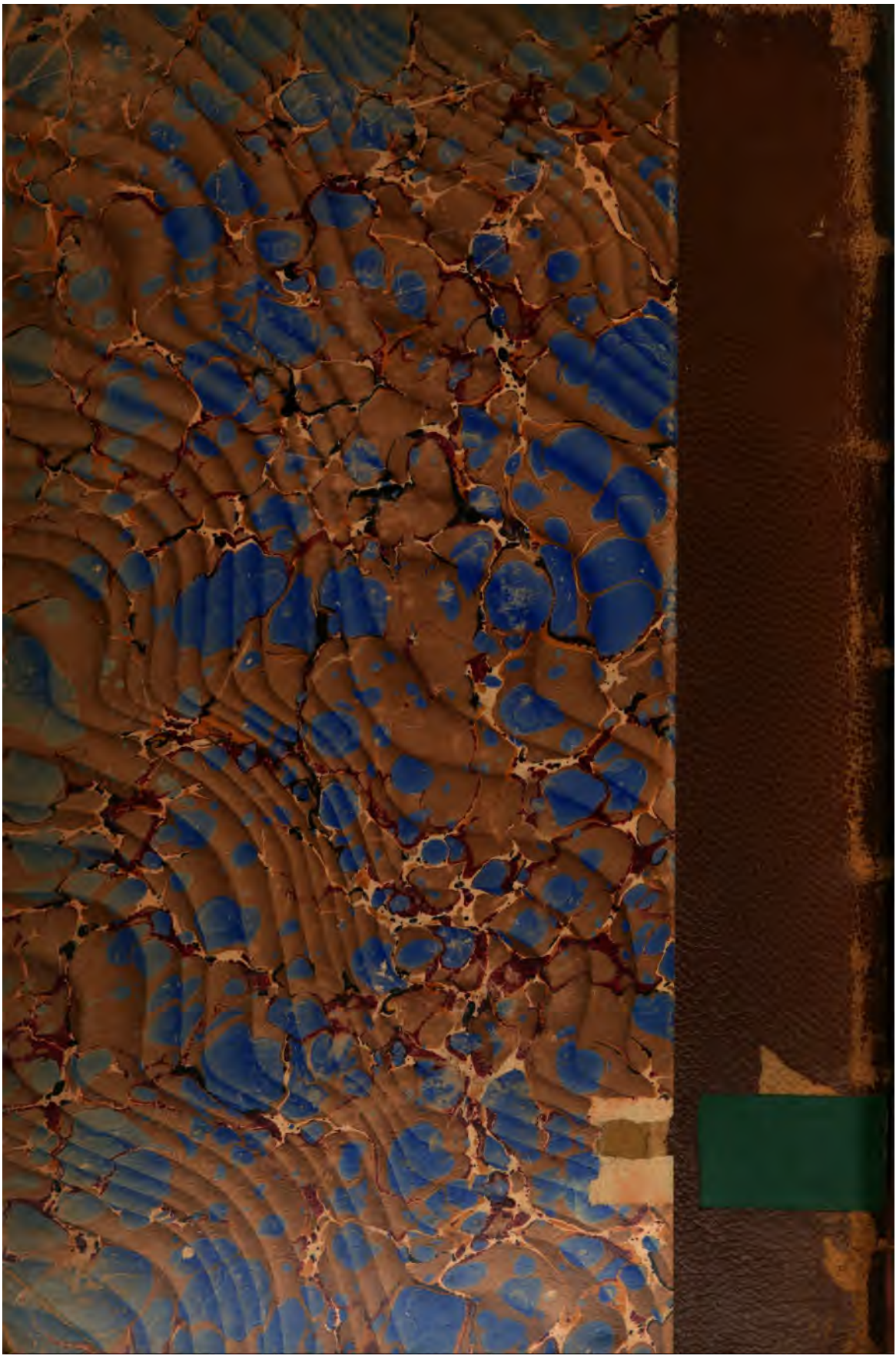
[6]) Vgl. Ehrenberg, Dogm. Jahrb., 30. Bd., S. 443, Versicherungsrecht, S. 315; Vivante, l. c., S. 107.

Register.

Die größeren Ziffern bezeichnen die Seiten, die kleineren die Noten.

Ablehnung 57, 59, 63[3].
Aneignung 53[21].
Anfechtbarkeit 183.
Anfechtungsrecht der Gläubiger 146, 153.
Annahme 48, 100.
— vermuthete 58, 87.
Anweisung, ſ. Aſſignation.
Argentarii 72, 118, 170.
Aſſignation 8, 92, 135.
Auction 11, 118, 171.
Auftrag zu Gunſten Dritter (§ 1019 a. b. G. B.) 76, 84, 124[11].
Auslegung 28.
Begünſtigter 108.
— bei der Lebensverſicherung 137.
— Klagerecht 163.
Beitritt, Zuläſſigkeit und Bedeutung 48.
— Entbehrlichkeit 55, 102.
— Nothwendigkeit 52, 85[3].
Benachrichtigung, ſ. Kundmachung.
Beſchwerter 108.
— Klagerecht 120.
— ſonſtige Rechte 141.
— Einreden 146.
Blancoaccept 14[24].
Bonus 143[7].
Buchung als Verpflichtungsact 39[23].
Bürgſchaft 15[25].
Causa obligandi 100.
— des Grundgeſchäftes 185.
— des Vertrages zu Gunſten Dritter 4, 18, 88.
Causa des Vorvertrages 89[14].
— des zweigliedrigen Vertrages 163.
Ceſſion 9, 183.
— von Forderungen aus zweiſeitigen Verträgen 109.
Check 38.
Collationspflicht 189.
Collectivofferte 31[5].
Compenſation 115, 117[7], 167[14], 179.
Correalität 106, 123[10], 124[11].
Darlehen, Nebenvortheile für Dritte 94.
— Spaltung der Parteirollen 107[3].
Déclaration de command 11.
Delegation 116, 191.
Depoſition, gerichtliche 68, 94.
Depoſitum zu Gunſten Dritter 19[9].
Deſignation des Begünſtigten, Anfechtung 159.
— Widerruflichkeit 36, 138.
Dingliche Verträge zu Gunſten Dritter 20.
Donatio sub modo, ſ. Schenkung.
Eincaſſirungsmandat 7, 26.
Electio amici 11.
Emtio rei speratae 173[23].
Entgeltlichkeit 150, 153.
Erbvertrag 94.
Erfüllungsübernahme 25[2], 127, 129.
Erlaßvertrag 34[1].
Ethiſche Theorien 41[3], 44[14].
Exceptionen 103.
Exceptio compensationis, ſ. Compenſation.

Exceptio doli 115, 169, 176, 184.
— mercis non traditae, beziehungsweise non adimpleti contractus 115, 116[3], 168, 181.
— S. C. Macedoniani 107[2].
— quod metus causa 184.
— redhibitionis 170, 175.
— rei iudicatae 142, 184.
Fiducia 71.
Frachtbrief 73[1].
Frachtvertrag 37, 73, 183.
Gebühren 10[1], 96[46].
Gegentheil (Gegenpartei) 108.
Gesellschaftsvertrag 105[1], 180.
Gewaltunterworfene, ihre Verträge 112, 175, 180, 183.
Giroverkehr 38.
Grundgeschäft 156, 159, 185, 191.
Gründung 16[29].
Gutsübergabe, bäuerliche 16[30], 20[10], 68, 96, 132.
Haftpflichtversicherung 25[3].
Handelsgeschäft, Uebergang der Passiven 67.
Handelsmäkler, ihre anonymen Abschlüsse 13[18].
Heiratsgut, Bestellung 94.
Hypotheken, Uebernahme auf den Kaufschilling 125, 128[11].
Inhaberpapiere 14.
Interesse 101, 145.
Kaufvertrag, Spaltung 169.
Klage als Annahme (Beitritt) 60, 67[11], 67[15].
Kosten des Vertrages zu Gunsten Dritter 18.
Kundmachung 43, 45, 62.
— Arten und Stufen 64.
— unvollkommene 72.
Lebensversicherung 15, 29[16], 36, 75, 93, 112[10], 137, 148, 151, 157, 163[20], 182[10], 187[6].
Lex contractus 71[29].
Liberatorische Verträge zu Gunsten Dritter 20, 34, 108.
Married women's property act 37[14], 140[21], 161.
Miethvertrag 111.
Modus qualificatus 78.
Multen 72.
Negotiorum gestio, stellvertretende 17, 31[5], 133[26].
— ohne Bedürfniß der Ratihabition 6, 35[6].
Nexum i. w. S. 71.
Nichtigkeit 142, 183.
Novation 116[3].
Oeffentlichkeit des Vertrages 70.
Olea pendens 173[23].
Ordrepapiere 14.
Pacta dotalia 36, 119.
Pachtvertrag 111[9].
Parteirollen im Vertrage 105.
Polizze 75.
Postsparcasse 39.
Prämienzahlung, Anfechtbarkeit 149, 160.
Procurator in rem suam 176.
Promissar 100, 164.
Querela inofficiosae donationis 162.
Ratihabition 31[5].
Schenkung mit fideicommissarischer Substitution 119[14], 145[12].
— zu Gunsten Dritter 19[7], 101[11].
— zwischen Ehegatten 191.
Schulderlaß zu Gunsten Dritter 19[7], 34[1].
Schuldübernahme 65, 109, 125.
— alternative 131, 134.
— cumulative 66, 131.
— privative 61.
Seeversicherung, s. Versicherung für fremde Rechnung.
Sclaven, ihre Verträge 113[5].
— öffentliche 72.
Spaltung der Parteirollen 22, 24, 106, 115, 122, 125, 147, 167, 181.
— durch Cession 109.
— vermöge der patria potestas 112.
Spareinlagen zu Gunsten Dritter 38.
Sparcassebücher 38[18].
Staatsverträge zu Gunsten Dritter 21[12].

Stellvertretung bei der Erfüllung 7, 26.
— beim Vertragsabschlusse 4.
— passive 7.
— theilweise 6^{6}, 27^{6}.
Stipulation 118, 172^{17}.
Successio anticipata 96^{46}.
Testament 71, 75^{7}.
Theilung der Parteirollen 106.
Unbestimmtheit des Gläubigers 10, 49.
Ungeborene 16, 103.
Verkehrstheorie 44.
Verlagsvertrag 110.
Vermögensleistung, indirecte 186.
Versicherung für Rechnung, wenn es angeht 15^{28}.
Versicherung für fremde Rechnung 6^{6}, 9^{20}, 137^{2}, 182, 192.
Versicherungsnehmer, Rechte 140.
Versteigerung, s. Auction.
Vertrag, Begriff und Wesen 48, 121^{5}.
Verträge auf Leistungen an Dritte 22, 25.
— dualistische (zweitheilige) 105.
— synallagmatische 105, 116^{3}.
— synergische 105^{1}.
Verträge zu Gunsten Dritter, Begriff 3, 17, 21, 23, 100.
— — Eintheilung 20.
— — indirecte 9^{20}, 25^{2}.
— zu Gunsten unbestimmter Personen 10.
Vertrauenstheorie 44.
Vervielfältigung der Parteirollen 106.
Verzug 25^{1}, 26, 143.
Vindemia pendens 173.
Vorkaufsrecht 9^{19}.
Vorvertrag 87, 90.
— zu Gunsten Dritter 87^{10}.
Wechselaccept 14^{24}.
Werkvertrag 110^{5}.
Wette 20.
Widerruflichkeit 30, 145.
— des Rechtserwerbes 32^{7}.
Willenstheorie 41.
Wissenkönnen und Wissenmüssen 44, 47.
Wucher, Mitschuldige 95.
Zahlung für Dritte 35.
Zahlungsmandat 7.
Zerlegung der Parteirolle 106.
Zweigliedrige (gespaltene) Verträge 22, 51, 104, 115.

Druck von Gottlieb Gistel & Comp. in Wien.